فقه الإمامية

قسم الخيارات

تقرير أبحاث

آية الله العظمى الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي

(قدس سره)

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد كاظم الخلخالي قدس سره

المتوفى سنة ١٣٣٦

مكتبة الداوري



قسم الخيارات

تقرير أبحاث

آية الله العظمى الحاج ميرزا حبيب الله الرشتي

(قدس سره)

تأليف

آية الله العظمى السيد محمد كاظم الخلخالي قدس سره

المتوفى سنة ١٣٣٦

الكتاب : فقه الامامية

المؤلف : آية الله السيد كاظم الخلخالي

العدد المطبوع : ١٠٠٠

تاريخ الطبع : ١٤٠٧هجرية

الناشر : مكتبة الداوري

المطبعة : مطبعة سيد الشهداء

الطبعة : الاولى





الحمدلله رب العالمين، الرحمن الرحيم، مالك يوم الدين، والصلاة والسلام على خير خلقه وأشرف أنبيائه محمد وآله الطيبين الطاهرين المعصومين ، روحي لهم الفداء .

بحث الخيارات

بحث الخيارات

القول في الخيار يقع في مواضع : تارة في موضوعه ، وأخرى في أقسامه، وثالثة في أحكامه . فههنا مقاصد :

موضوع الخيار

الاول ـ في موضوعه ، فنقول : لفظة « الخيار » من الخيرة ، فهو في اللغة بمعنى المشيئة والارادة . فيكون اسم مصدر ، لانـه يفيد معنى الاختيار بناءاً على أن اسم المصدر عبارة عن كل مجرد يفيد معنى المزيد كما قيل .

وأما في اصطلاح الفقهاء فهو عبارة عن ملك فسخ العقد كما ذكره الاكثر ، أو عن ملك اقرار العقد وازالته كما ذكره صاحب « الجواهر » « قده » ، أو عن ترجيح أحد طرفي العقد الجائز كما ذكره صاحب «التنقيح» .

والانسب من تلك المعاني ـ بقاعدة النقل ـ هو المعنى الاخير ، لكون النقل فيه نقلا من العام الى الخاص ، فيكون نقـلا راجحاً . بخلاف المعنييـن الاولين ، لكون النقل فيهما نقلا مبايناً ، لان ملك النسخ والاقرار عبارة عن السلطنة التي تكون سبباً لاختيار أحد الطرفين وترجيحه ، الا انـه لما كان الترجيح عبارة عن الفعلية فهو خارج عما عليه اصطلاح الفقهاء، اذ الخيار عبارة عن السلطنة والملكية

الثابتة لذي الخيار وان لم يأت مقام الفعلية أصلا بخلاف الترجيح .

فعلى المعنى الاخير لايتحقق الخيار الا اذا رجح الاقرار أو الفسخ وأراد أحدهما فعلا ، فهو خلاف الحق والتحقيق ، فدار الامر بين المعنيين الاوليين .

فاختار شيخنا العلامة « قده » التعريف الاول كماهو المشهور ظاهراً ، وأورد على مافي « الجواهر » ـ حيث اختار التعريف الثاني ـ بأنه ان أريد من اقرار العقد ابقاؤه على حاله فيكون ذكر الجزء الاول في التعريف مستدركاً ، لغناء الجزء الثاني عنه ، لان القدرة والسلطنة على الفسخ لاتتحقق الا اذاكان كلا الطرفين من الفسخ والابقاء مقدوراً .

فالنكتة في كون الجزء الاول مستدركاً دون الجزء الثاني مع أنهما في استغناء أحدهما عن الاخر على السواء ، اما أن الجزء الاخير قد ذكره الاكثر فهو مسلم عندهم وانما زاد الجزء الاول صاحب «الجواهر» فتكون الزيادة منه مستدركة ، أو أنه غلب في الاصطلاح في ملك الفسخ واشتهر فيه فصار حقيقة فيه ، فملك الاقرار انمايكون حينئذ مطوياً فيه تبعاً لأنه عبارة عن ملك الاقرار وان أفاد ملك الفسخ أيضاً تبعاً الاأنه خارج عماعليه بناؤهم .

وان أريد من اقرار العقد الزامه ، ففيه : أن مرجعه الى اسقاط الحق ، فلا ينبغي أخذه في تعريفه . مع أنه منتقض بالخيار المشترك ، فانه اذا كان لاحد المتعاقدين خيارات متعددة من جهات متكثرة من خيار الشرط والمجلس والغبن والعيب مثلا اذا أسقط أحدها فلايلزم منه ملك الزام العقد ، لعدم اللزوم حينئذ مع بقاء غيره على حاله .

بعبارة أخرى : هذا التعريف لايصدق على احد تلك الخيارات المشتركة بعد ظهور الالزام في مقابل الازالة في اللزوم المطلق ، اذ لايتحقق الالزام في العقد حينئذ بمجرد اسقاط واحد من تلك الخيارات ، بل لابد في اللزوم من اسقاط الجميع.

ثم انه بهذا القيد ـ أعني ملك الزام العقد ـ يحصل الفرق بين ملك الازالة وجواز الرجوع الحاصل من جهة الخيار وبين ملك الازالة وجواز الرجوع الحاصل فى العقود الجائزة كالهبة والقرض وغيرهما كجواز الرجوع للزوج في العدة . ضرورة أن جواز الرجوع فى العقود الجائزة من قبيل الحكم فلايسقط بالاسقاط ، بخلاف جواز الرجوع في الخيارات فيسقط بامضاء العقد والزامه ، فيصير من قبيل الحق .

ثم ان الفرق بين الحكم والحق بأحد من أمور ثلاثة : أحدها ـ كل ما ينتقل الى المورث فهو حق والا فحكم ، وثانيها ـ ماكان قابلا للاسقاط والابراء فهوحق والا فحكم، وثالثها ـ ماكان قابلا للمعاوضة والمصالحة ـ بأن ينتقل الى الغير بصلح وغيره ـ فهوحق والا فحكم.

ولاشك ان هذه الوجوه ليست مابها يمتاز الحق عن الحكم بحسب الذات بل انما هي آثار لها ، فيشكل الفرق بحسب الذات . وعند الشك فى ان الشيء الفلاني حق أوحكم ـ كمااذا شككنا فى جواز الرجوع في عدة المرأة للزوج حق حتى يقبل الانتقال والاسقاط أو حكم ـ يصعب الامر ، حيث لا أصل في البين، حيث لاطريق لتشخيصه الا التنصيص من الشارع ، فانهما متحدان صورة ومختلفان حقيقة ، كفرض الصلاة ونفلها وفرض الصوم ونفله، حيث ان اتيان نفل الصوم لمن عليه صوم واجب ليس بجائز دون فرض الصلاة . فهذا يكشف عن اختلاف حقيقتهما .

فان قام الاجماع في مورد على آثار الحق ولوازمه من قبول الاسقاط والانتقال فنحكم بالحق أوعلى عدمه فنحكم بأنه من قبيل الحكم ، أو ورد النص على تعيين أحدهما فيؤخذ به وعند فقدانهما فهل الاصل يقتضي الحق أويقتضي أنه من قبيل الحكم .

والمحكي عن المحقق القمي « قده » أن جواز الرجوع فى الهبة والعدة قابل للصلح والاسقاط . فعلى تقدير عدم ورود نص ودليل عليه لابد أن يقال: ان الاصل عنده «قده» هوالحق فيكون هوالمرجع عند الشك . ولكن ذهب شيخنا العلامة « قده » الى انه لاأصل في البين ، فهو حسن بحسب تشخيص ذاتهما وحقيقتهما لعدم الاصل فيهما .

نعم ، نحن نقول : وان لم يكن فى مقام تشخيص حقيقتهما أصلا جارياً الا أنه يكفينا اجراء الاصل فى آثارهما ولوازمهما، فانه بعد ماثبت جواز الرجوع للزوج فى العدة مثلا فنشك في سقوطه بعد قوله « أسقطت » أو « صالحت » فمقتضى الاصل والاستصحاب بقاؤه وعدم سقوطه وعدم قبوله للصلح ، فنحكم حينئذ بأن جواز الرجوع هنا من قبيل الحكم ليس بحق حتى يقبل للصلح والاسقاط ، وهكذا فى غيره في سائر المقامات المشكوكة ، فعند الشك بينهما الاصل يقتضي أن يكون حكماً لاحقاً . هذا تمام الكلام في موضوع الخيار.

أحكام الخيار

وأما أحكامه وأقسامه، فقبل الخوض فيه لابد من تمهيد مقدمة وهي: انالاصل هل يقتضي اللزوم أو الجواز حتى يكون هو المعول عند الشك وفقدان الدليل على تعيين أحدهما؟ فنقول هنا مقصدان: أحدهما ـ في تعيين الاصل في خصوص البيع ، وثانيهما ـ في مطلق العقود والايقاعات من أسباب المعاملة .

أما الاول فنقول: ذكر العلامة « قده » فيغير واحد من كتبه كـ« القواعد » و« التذكرة » أن الاصل فيالبيع اللزوم، وتبعه غير واحد من الفقهاء « رضوان الله عليهم » ، ولم نجد من سبقه في ذلك الاصل ، فيقع الكلام في معنى ذلك الاصل والمراد منه ثم في مدركه .

والمستفاد من كلماتهم أنه قابل لاحد من المعاني الاربعة : الاول الراجح ـ يعني أن الارجح في البيع ـ اللزوم كما احتمله في « جامع المقاصد »، والثاني ـ الاستصحاب، والثالث ـ القاعدة المستفادة من العمومات، الرابع ـ المعنى اللغوي بمعنى الوضع والبناء .

(أما الاول) فتذكر في « جامع المقاصد » أن المدرك فيه هو الكثرة والغلبة حيث قال ماهذه عبارته : وان الارجح فيه ذلك نظراً الى ان اكثر أفراده على اللزوم ـ انتهى .

وان كان ظاهر كلامه أراد الكثرة بحسب الافراد ، الا أنه قد أورد عليه شيخنا العلامة « قده » في كتابه بأنه : ان أراد غلبة الافراد فغالبها ينعقد جائزاً لاجل خيار المجلس والحيوان أو الشرط ، فلايتفق بيع في الخارج الا معه خيار المجلس الا أقل قليل كالبيع على من ينعتق عليه وغيره كما سيأتي، وهذا هو الوجه في تعبيره « قده » بالغالب . وان أراد غلبة الازمان فهي لاتنفع في الافراد المشكوكة ، اذ الشك في الفرد المشكوك ليس من جهة الزمان حتى يلحق بالكثرة الزمانية، بل هو من جهة الفرد الخارجي الذي هو غير سائر الافراد الجائزة في كثرة الازمان لو سلم الكثرة فيها ، فغلبة الازمان في أفراد لاتوجب الحاق حكم فرد آخر بها لاختلاف الصنفية ، فان فرد بيع الصرف والسلم صنف والمعاطاة والنسيئة وغيرها، فلايلحق حكم واحد الى الاخر بمجرد الغلبة الحاصلة فيه .

نعم اذا شككنا في خصوص زمان في تلك الافراد التي غالبها زماناً اللزوم يصير الارجح بحكم الغلبة اللزوم، مع أنه لايناسب مافي القواعد من الاستثناء من ذلك الاصل من قوله: وانما يخرج من الاصل لامرين ثبوت الخيار أوظهور العيب ، اذ المخرج انما هو أفراد البيع، أعني البيع الذي ثبت فيه الخيار أوظهر فيه العيب ، فلاوجه لاخراجه من غلبة الازمان .

ثم ان المحكي من الشيخ الاورع الشيخ علي ابن صاحب «كشف الغطاء» وجهه آخر في مدرك الرجحان، وهو : ان المتبادر من عقد البيع وصيغته هو الدوام ، بمعنى أن الظاهر والمتبادر من قولك « بعتك » ادخال المبيع في ملكك على الدوام ، بأن يكون المبيع ملك المشتري دائماً ولو أراد ارجاعه فلايرجع بمقتضي العقد ، فيصير حينئذ مقتضى العقد بحكم الظهور والتبادر انشاء الملكية الدائمة للمشتري. ومعلوم أن دوام الملكية للمشتري لايمكن للبائع ابطاله وارجاعه الى ملكه، لمنافاته لماهو المتبادر من مقتضى العقد . ثم قال «قده» ـ على ماحكي عنه ـ : وفيه تأمل .

أقول : يمكن المناقشة فيه :

أولا ـ بمنع الصغرى ، أي التبادر والظهور ، فان الظاهر من العقد انشاء التمليك من غير أن يكون مقيداً بالدوام، بل انما هو مطلق ومهمل من هذه الجهة. فيكون التأمل حينئذ اشارة الى التأمل في أخذ الدوام في صيغة البيع وعدم الجزم في دعواه .

وثانياً ـ سلمنا ظهور الصيغة وتبادرها في الدوام الا أنه لاينفع في نفي الخيار، لعدم المنافاة في كون الملك دائماً للمشتري مع كونه قابلا للفسخ والازالة. ألاترى في العقود الجائزة أنه تدل صيغة «وهبت» مثلا بأن الموهوب ملك للمتهب على الدوام غير مغيا بشيء الا أنه مع ذلك يقبل للفسخ .

وبعبارة أخرى: ان الملكية الدائمة على قسمين: قسم تنجزي غير قابل للفسخ وقسم تزلزلي قابل للفسخ . فغاية الامر بعد التسليم بالتبادر المذكور تكون الملكية دائمية ، وهذا يجتمع مع التزلزل ، لان الملكية التزلزلية أيضاً دائمية غير مغياة بغاية ، غاية الامر أن دوامها على سبيل التزلزل قابلة لسلطنة الفسخ كما هو المدعى في البيع الخياري .

الا أن يوجه بأنه : بعد ثبوت الدوام في مدلول العقد يتم اللزوم بضميمة « أوفوا بالعقود » على سبيل الامضاء ، بتقريب أن يقال: ان الملكية الدائمية التي هي مدلول العقد يجب الوفاء بها على كل حال ، أي قبل قوله « فسخت » وبعده ، فيصير الحاصل من الامضاء بالعمومات مع الالتزام بالعموم الاحوالي في تلك العمومات هو الالتزام بالملكية حتى بعد الفسخ ، فيكون الفرق حينئذ بين هذا الاستدلال وبين الاستدلال الاتي بالعمومات مستدلا ان هذا الاستدلال مبني على كون العمومات من باب الامضاء لمقتضى العقد والاستدلال الاتي من باب الاستقلال والابتداء من غير توقفه على جعلها من باب الامضاء .

فعلى هذا يندفع ماقيل من أنه بعد الاحتياج الى التمسك بالعمومات يصير الاستدلال بأخذ الدوام في مدلول الصيغة لغواً، لاستغناء الاستدلال بالعمومات عن هذه . فتأمل . فعلى هذا أيضاً ينحصر وجه التأمل في منع الصغرى .

ثم ان بعض التلامذة استدل بأخذ قيد الدوام بوجه آخر ، وهو أنه لو لم يكن في الصيغة دلالة على الدوام يستفاد الدوام من ظهور حال المتعاقدين بأن غرضهما ارادة الملكية الدائمية وعدم ارادة الفسخ ووقوعه ويعد أيضاً من مدلول العقد لامن جهة التبادر بل من جهة ظهور حال المتكلم كالقرائن العامة .

في الاستصحاب الذى هو مدرك اللزوم

وأما الاستصحاب: قال شيخ الفقهاء في «الجواهر» : أنه ركيك بعيد ، وقال شيخنا العلامة « قده » : انه حسن . أقول : كلاهما حسن من وجه :

أما وجه الاستبعاد : أنه لايناسب بحسب الصناعة النحوية كنظائره من الاحتمالات ، فان كون اللزوم خبراً ومحمولا على الاصل بالاحتمالات الثلاثة له وجه ، بأن يقال الارجح في البيع اللزوم ، والقاعدة المستفادة اللزوم أو الوضع

والبناء في البيع اللزوم بخلاف الاستصحاب . ضرورة أنه ليس بلزوم ، فلايقع اللزوم خبراً الاصل . نعم هو دليل اللزوم كما تفطنه « قده » وصرح به .

وأما وجه الاستحسان : أنه بحسب المطلب تام وغير وارد عليه مايرد على سائر الاحتمالات، فان استصحاب الملكية أمر مسلم عندهم حتى يعلم بالمزيل ، فحيث يصح الشك في مزيلية الفسخ ووجود الرافع للملكية السابقة يصير المحكم والمرجع الاستصحاب على ابقاء ماكان من الملكية .

وأما ركاكته بحسب التركيب النحوي. فمندفع بأنه قابل للتأويل بعد معلومية المرام ، بأن يقال : مقتضى الاستصحاب اللزوم ، أوأنه يقتضي ويوجب اللزوم.

ثم انه قد يورد على الاستصحاب أنه عبارة عن ابقاء الملكية ، وهذا غيرمناف لثبوت الخيار وقبول الفسخ وانما هو مناف لفعلية الفسخ . وهو ليس من الخيار اذ الكلام في أنه مع ثبوت الملكية لطرف هل للطرف الاخر سلطنة الفسخ أملا.

ثم أجاب : بأنه بعد مافسخ ولم يؤثرعلمنا انتفاء الخياروانتفاء سلطنة الفسخ قبله ، اذ لوكان له الخيار لاثربفعلية الفسخ ، فمتى عدم التأثير استكشف عدم السبب الذي هو الخيار .

وفيه من الاشتباه والخلط مالايخفى .

أما في ايراده فانه اشتبه عليه اجراء الاستصحاب ، اذهو لم يجر قبل الفسخ ولاأثر له بل وقت الاستصحاب انماهو بعد الفسخ كماذكره شيخنا العلامة «قده»، بل أن الشك في حصول المزيل انما يقع بعد قوله «فسخت» لاقبله لعدم الشك في بقائه ــ أوعلى تقرير مافي العناوين تقديراً ــ بمعنى لوفسخ يقع الشك في بقاء الملكية وزوالها فنستصحب . فعلى هذا يجري الاستصحاب قبل الفسخ لكن على تقديره وفرض وقوعه ، ومن المعلوم أنه مناف للخيار على هذا الفرض.

وأما في جوابه فلاشتماله على المصادرة ، لان الكلام في تأثير الفسخ

وعدمه ، ففرض عدم تأثيره حتى يستكشف منه عدم ثبوت الخيار مصادرة واضحة.

وأما القاعدة المستفادة من العمومات فنقول : ان العمومات المستدل بها على اللزوم من الكتاب والسنة كثيرة فنقتصر بجليها وأوضحها دلالة :

«فمنها» ـ قوله تعالى «أوفوا بالعقود»، فانه يستدل بالاية الشريفة على الصحة تارة وعلى اللزوم أخرى ، والمقصود هنا الاخير .

والايراد عليها بأن العقد عبارة عن عهد الولاية والميثاق وغير ذلك من الاشكالات . مدفوع بماقد أسلفناه في المعاطاة .

وكيفية دلالتها على اللزوم كماذكرها شيخنا العلامة «قده» في كتابه ، وملخصها: انها تدل على مساوق للزوم ومساويه ، اذمعنى الوفاء بالعقد ترتب آثار مقتضياته ، ومن مقتضياته ملكية المبيع للمشتري مثلا ، فيجب ترتب آثار الملكية للمشتري في جميع الاحوال قبل الفسخ وبعده بمقتضى العموم الاحوالي ، ومن جملة آثار الملكية للمشتري حرمة تصرف البائع مطلقاً .

وأورد على ذلك بوجوه عمدتها ثلاثة :

(الاول) ماذكره العلامة «قده» وتبعه جل من تاخر عنه ، وهو أن معنى الاية الشريفة وجوب الوفاء على مقتضى العقد من الجواز واللزوم ان جائزاً فجائز وان لازماً فلازم ، بمعنى أن العقود لماكانت قسمين قسم جائز وقسم لازم ، فيجب الوفاء على مقتضى الجواز في العقود الجائزة ، بأن ترتب آثار الملكية للغير قبل الفسخ ولنفسه بعده ، ويجب العمل على مقتضى اللزوم في العقود اللازمة ، بمعنى وجوب ترتيب آثار الملكية للغير مطلقا سواء فسخ أم لا ، لعدم تأثير الفسخ في العقد اللازم .

وأورد عليه شيخنا العلامة «قده» أن اللزوم والجواز من الاحكام الشرعية للعقد وليسا من مقتضيات العقد في نفسه مع قطع النظر عن حكم الشارع ، بل انما هو

مستفاد من نفس الامر بالوفاء على العقد ، فلو أخذ في نفس العقد الذي هو موضوع الحكم يلزم الدور .

وبعبارة أخرى : ان اللزوم والجواز ليسا مأخوذين في موضوع الحكم ـ أعني العقد ـ فاذا تعلق الحكم ـ أعني وجوب الوفاء ـ يصير المعنى وجوب الوفاء على مقتضى العقد ومدلوله ، ومقتضى العقد ومدلوله ليس الا الملكية وحصول النقل لمال كل منهما للاخر ، فوجوب الوفاء على الملكية المدلولة للعقد عبارة عن ترتب آثار الملكية ، ومنها حرمة التصرف من دون رضا الاخر مطلقا ، سواء كان قبل الفسخ أم بعده .

وملخص مرامه : ان العقد طبيعة واحدة ومقتضاه ـ أعني اللكمية ـ طبيعة واحدة ليس فيهما تعدد ولم يؤخذ في مهيتهما التعدد من الجواز واللزوم حتى يتعلق الحكم بهما ، بل مقتضى العموم الاحوالي في الامر ـ أعني «أوفوا» ـ وموضوعه ـ أعني العقود ـ وجوب العمل على مقتضاه على نسق واحد ، وهو ترتيب آثار الملكية الذي هو مساوق للزوم ، الا ما خرج بالدليل من عدم لزوم الوفاء كما في العقود الجائزة .

وأورد عليه شيخنا الاستاد « دام ظله » : بأن تعدد أحكام الملكية من الجواز واللزوم وغيرهما دليل قطعي على تعدد نفس الملكية ، ضرورة أن اختلاف الاثار يدل على اختلاف المؤثر ، وتعدد اللوازم كالحرارة والبرودة مثلا يدل على تعدد الملزوم من الماء والنار مثلا ، فحيث التزم « قده » على أن الجواز واللزوم من أحكام الملكية لابد من الالتزام بتعدد الملكية التي هي مقتضى العقد ، لعدم تعقل ان تكون الملكية شيئاً واحداً ولها آثار متباينة ومتخالفة ، بل لابد من الالتزام بتعددها أيضاً . غاية الامر أن تكون في الصورة واحدة ولكن التعدد ثابت بحسب المعنى قطعاً كنفل الصلاة وفرضها ونفل الصوم ووجوبه ، فان عدم جواز نفل الصوم

لمن عليه فريضة وجواز نفلها دليل قطعي على اختلافهما بحسب الطبيعة وان كانتا واحدة بحسب الصورة . وكذلك الملكية الجائزة والملكية اللازمة وان كانتا بحسب الصورة واحدة ولكنها مختلفة بحسب الطبيعة قطعاً .

وحيث تعددت العقود بحسب مقتضياتها واختلفت مهياتها فينطبق على ماسلكه العلامة « قده » ، فيصير المعنى وجوب العمل على مقتضى العقد من التمليك الذي أثره حصول الملكية ، وحيث أنها ليست على نهج واحد وهيئة واحدة بل بعضها لازم وبعض منها جائز . فليلاحظ فان كانت من القسم الجائز فتعمل عمل الملكية الجائزة وان كانت من الملكية اللازمة فتعمل عمل الملكية اللازمة .

وهذا هو معنى وجوب الوفاء على العقد عنده ، فيجب الوفاء على آثارها ، ففي اللازم الالتزام بالملكية وعدم جواز الفسخ من دون اذن صاحبه ، وفي الجائز الالتزام بالملكية لصاحبه قبل الفسخ واعمال الملكية له لا لنفسه ولنفسه بعد الفسخ ووجوب رد عوضه .

وبهذا التقرير يندفع ماأورد عليه ثانياً أنه على ماسلكه العلامة يلزم التجوز في أمر « أوفوا » ، حيث لامعنى لوجوب الوفاء في العقود الجائزة فلابد من حمله على الترخيص بالنسبة اليه ، فيلزم استعمال الامر في القدر المشترك الشامل للوجوب والترخيص .

وحاصل الدفع : انه لا مانع من ابقاء الامر على معناه الحقيقي من الوجوب ، اذ وفاء كل شيء بحسبه ، ففي الجائز جائز ، أي بحسب الوفاء به جائز ، بمعنى وجوب ترتيب آثار الجواز عليه ، ومنها الالتزام بمالية صاحبه من دون الفسخ وحرمة تصرفه وأكله من دون اذنه مع عدم قصد استرجاعه والالتزام بمالية نفسه بعد فسخه .

وكيف كان ملخص ماأفاده شيخنا العلامة « قده » في الرد أن الملكية ليس

لهاقسمان بل انما هي طبيعة ، فمقتضى وجوب الوفاء على آثار العقد ترتيب آثار الملكية التي منها حرمة التصرف من دون اذن صاحبه، ومع ضميمة العموم الاحوالي يتم المطلوب ويساوق اللزوم .

وقد أورد عليه أيضاً (ثالثاً) بعض بأن الجواز واللزوم ليسا من مقتضيات العقد.

فيه : انه اشتباه في مرامه ، اذ لو كان المراد من مقتضى العقد مدلوله والموضوع له للعقد فالايراد حسن ، اذ مدلول العقد عبارة عن التمليك وانشاء الملكية ، فمدلول « بعت » عبارة عن ملكت . ولكن ذلك بعيد عما أراده العلامة « قده » ، بل المراد أن الجواز واللزوم من نتائج العقد وآثاره ، حيث ان الحاصل من انشاء الملكية الذي هو مدلول العقد هو الملكية ، وتلك الملكية التي هي من آثار العقد ونتيجته على قسمين ، اذ الوفاء به لايتحقق الا بالعمل على نتائجه ، وحيث كان المفروض أنه على قسمين فلابد من اندراج كليهما تحت دلالة الاية الشريفة، فاذاً تخرج عن الدلالة على خصوص أحدهما واثباته بها .

والاولى في الجواب أن يقال : ان معنى وجوب الوفاء بالعقد العمل بما يقتضيه من اللزوم ، والجواز لايخلو من احتمالات ثلاثة :

أحدها ـ أن يكون متعلق الامر هو الاعتقاد، يعني يصير حاصل الاية الشريفة يجب الاعتقاد على الجواز في العقود الجائزة واللزوم في العقود اللازمة .

وثانيها ـ كون الامر للارشاد ، بمعنى أن العقود لما كانت على قسمين في الشرع جائز ولازم بحيث تبين لزومه وجوازه بالادلة الشرعية الخارجية، فاذا كانت تلك العقود موضوعة لامر «أوفوا» فيصير المعنى حينئذ وجوب الوفاء على مقتضى تلك العقود من اللزوم والجواز ، ففي العقود اللازمة يجب الوفاء على آثار اللزوم وفي الجائزة على آثار الجواز . فتعلق الامر بالوفاء على ترتيب ذلك

الحكمين الثابتين في الشرع بالادلة المبينة لشرعيتها ، فتكون الاية حينئذ مسوقة لصرف التأكيدحيث لايحصل منها حكم زائد على ذاك الحكمين كأمر « أطيعوا الله» في الواجبات والمستحبات حيث لايريد منه حكماً آخر ، فتجب الاطاعةفي الواجبات على نحو الوجوب وفي المستحبات على نحو الاستحباب .

وثالثها ـ ان الاية الشريفة مسوقة للامضاء على ماهو المتعارف عند العرف من العقود من الجواز واللزوم ان جائزاً عند العرف فجائز شرعاً وان لازماًفلازم شرعاً .

أما الاحتمال الاول: فبعيد في باب المعاملات والتجارات، بل ليس موردفي المعاملات يجب الاعتقاد فيها.

وأما الثاني: فلانه خلاف الظاهر ، فلايحمل عليه عند الدوران بينه وبين الامر الشرعي ، فمهما أمكن المعنى الشرعي لايصار الى المعنى الارشادي .

وأما الثالث: فلمنع كون العقود عند أهل العرف على قسمين ، اذلايصار الى حمله على الامضاء الابعد احراز القسمين عند العرف ، فماترى من اعمال الجواز في بعضها واللزوم في الاخرى من أهل الاديان وغيرهم انما هو مأخوذ من الشرع المطهر . ولاأقل من الاحتمال ، وهو يكفي في البطلان .

ولو أغمضنا عن جميع ذلك نقول : هـذا المعنى الاخير وان لـم يفد على لزوم مطلق العقود ولكنه يثبت على اللزوم في خصوص البيع قطعاً . ضرورة كون البيع عند العرف من العقود اللازمة ، فهذا يكفي في المقام من اثبات أصالة اللزوم في البيع، فالمختار حينئذ هو الالتزام بالوجوب الشرعي، فيصير وجوب الوفاء الالزامي الشرعي متعلقاً بالعقـود .

فان قلت : كيف الحال مع أنك التزمت فـي تعدد الملكية على حسب تعدد الجواز واللزوم في الجواب عن الشيخ ، فتتعدد العقود حينئذبالجواز واللزوم.

قلت : ان الامر انما تعلق على وجوب الوفاء بجميع العقود، وحيث لايتعلق ذلك بالعقود الجائزة الاعلى سبيل الارشاد ـ أعني ان جائزاً فجائز وان لازماً فلازم ـ فلابد من حمل الامر على معناه الحقيقي، أعني الوجوب الشرعي والالتزام بالتخصيص في العقود الجائزة: فيجب الوفاء بكل عقد الاماخرج بالدليل جوازه لما حقق في الاصول اذا دار الامر بين التخصيص والمجاز فالتخصيص أولى: فلا يصار الى ارشادية الامر لكونه مجازاً الابدليل قوي ، كأوامر الاحتياط حيث قامت القرينة الداخلية والخارجية على ارشاديتها ، وهي مفقودة في المقام.

(وثانيها) [1] ان الحكم مترتب على موضوعه ، فاذا انتفى أوتبدل انتفى الحكم فكذلك في المقام، فان وجوب الوفاء انما هو مترتب على العقد الذي هو بمعنى المعاهدة ، فوجوب ترتب آثاره من الملكية انما هو ثابت مادامت الملكية باقية، وأما اذا شك في الملكية وبقاء العقد وآثاره فلايترتب عليه الحكم . ومن المعلوم وقوع الشك بعد حصول الفسخ من أحد الطرفين، فاحتمال تأثير الفسخ لكون العقد جائزاً يوجب حصول الشك في الموضوع، فلايجوز حينئذ ترتيب آثار الملكية والمعاهدة ، فتسقط الاية الشريفة حينئذ عن الاستدلال باللزوم .

فيه : ان ذلك مدفوع بمادة الوفاء ، اذ وجوب الوفاء عبارة عن عدم نقضه ، فالاية الشريفة تدل على حرمة النقض وحرمة الفسخ ، فهي دالة على عدم جواز الفسخ . ومن المعلوم أن الحكم التكليفي هنا مستتبع للحكم الوضعي بالاتفاق على أمثال المقام ، فمايحرم النقض والفسخ لايترتب عليه أثر من رجوع الملكية، اذ الحكم التكليفي المجرد عن الحكم الوضعي في غاية البعد ، كماهو واضح [2].

---

(١) أى ثانى الايرادات الثلاث الواردة على كلام الشيخ فى استدلاله بآية « أوفوا بالعقود » .

(٢) فى أمثال المقام من أن الحلية والحرمة فى المعاملات ليستا ذاتية كالماء والخمر

(وثالثها) عن السبزواري صاحب « الكفاية » ان القاعدة المستفادة من الاية الشريفة مطروحة بالقاعدة الثانوية في البيع من الجواز وثبوت الخيار بمقتضى قوله « البيعان بالخيار مالم يفترقا » وغيره . فالعمل حينئذ على القاعدة الثانوية.

فيه : ان الخيار في البيع انما ثبت فيما تحقق فيه المجلس ، وأما البيوع التي ليس فيها خيار المجلس فلا ، فخروج فرد أو افراد من تحت القاعدة لايوجب انقلابها بل العمل على أصالة اللزوم الا ماثبت بالدليل خلافه ، ففي مورد خيار المجلس كانت مخصصة وبقي الباقي تحت أصالة اللزوم.

«ومنها» ـ قوله تعالى «أحل الله البيع» فانه يدل على حلية جميع التصرفات المترتبة عليه حتى بعد فسخ أحدهما من غير رضى الاخر ، فيصير مستلزماً لعدم تأثير الفسخ، اذ لو كان الفسخ مؤثراً لماكان يجوز له التصرف ، وهو مناف للاطلاق . وكذلك اطلاق حلية أكل المال بالتجارة عن تراض ، فان التجارة سبب لحلية التصرف مطلقاً حتى بعد الفسخ . فتصير الايتان مساوقة للزوم .

وقد أورد عليهما الشبهة السابقة من تغير موضوع الحكم : بأن المفروض حصول الشك في تأثير الفسخ في رفع الاثار الثابتة ، فلو فسخ يحصل الشك في بقاء الملكية للطرف الاخر ، ومع ذلك كيف يحل له حلية التصرف فيه ، اذ من المعلوم أنه مترتب على الملكية ، فلاينفع اطلاق « أحل الله » في اثبات الملكية .

وكذلك آية التجارة ، اذ بعد الفسخ يقع الشك في بقاء التجارة عن تراض اذ التجارة عن التراض سبب لحلية مال الغير، والمفروض احتمال رجوعه للفاسخ فلاتثبت المالية للغير الا بالاستصحاب ، فيخرج عن التمسك بالعمومات .

فالتحقيق أن يقال : ان كان المناط في الحكم ـ أعني الحلية ـ هو الملكية

على ماحققنا وأسلفنا في كلماتنا السابقة واللاحقة من أن الحرمة المتعلقة بالمعاملة من البيع والنكاح مثلا حرمة ترتيب الاثار والا نفس ايجاد السبب لاحرمة فيه أبداً فتدبر « منه » .

بمعنى أن سبب الحلية ومناطها في « أحل الله البيع » وفي الاية الثانية حصول الملكية وجواز التصرف والحلية من أحكامه وآثاره ، فلامحيص عن الاشكال الا بالاستصحاب ، ضرورة قوام الحكم بمناطه وبقاء موضوعه .

وأما ان كان المناط نفس البيع والتجارة ـ بمعنى أن الشارع رتب على نفس المبادلة والتجارة أحكاماً : «منها» حلية المال المتجر به مع التراض ومال المبدل به مطلقاً سواء فسخ أم لا بمقتضى الاطلاق والعموم الاحوالي ـ فلاوجه لتوجه الاشكال حينئذ ، ضرورة أن الحلية ليست مترتبة على الملكية والمالية حتى يقال: يقع الشك فيه بالشك في تأثير الفسخ ، بل انما هي مترتبة على هذا الفعل، أعني البيع والتجارة ، وهما ليسا الا عبارة عن فعل المبادلة ولايعتبر فيه الاستمرار ، لانه مما ينقضي بانقضاء الزمان .

« ومنها » ـ قوله تعالى « لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل » وأكل مال الغير بمجرد الفسخ الذي لم يثبت تأثيره أكل بالباطل . و « الناس مسلطون على أموالهم » وأخذ مال صاحبه من دون رضاه مناف للسلطنة .

ويتوجه عليهما الاشكال السابق أيضاً ، بأن الشك بعد الفسخ انما هو في كونه مال الغير ، فلايتحقق موضوع « لاتأكلوا أموالكم » حتى يصير حراماً ، لعدم معلومية صدق أموالكم المراد منه أموال الغير . وكذلك في أن التنافي للسلطنة انما هو بعد احراز كونه مال الغير حتى ينافي للسلطنة ، والمفروض حصول الشك في كونه مال الغير بعد الفسخ .

ويدفعه : ان أخذ مال الغير بالفسخ والرجوع خلاف سلطنته الثابتة له ، فالفسخ من دون رضائه منفي بحكم « الناس مسلطون على أموالهم »، اذ مقتضى جعل الشارع السلطنة له في ماله الثابت قبل الفسخ عدم جواز استرجاعه من دون رضائه . وكذلك في الاية الشريفة ، فان مقتضى قوله « لاتأكلوا » حرمة تصرفات

المال ، اذ المراد منه ليس خصوص الاكل الذي هو كناية عن مطلق التصرفات وحرمتها بالباطل ، ومن المعلوم ان استرجاع مال الغير بالفسخ من دون رضائه تصرف في ماله ، وهو منتف بحكم الاية الشريفة . والحاصل ان الاشكال المذكور سار في جميع أمثال تلك الادلة . فمدفوع بماذكرناه فلاتغفل .

« ومنها » ـ « المؤمنون عند شروطهم». فهو يدل على اللزوم بناءاً على شمول الشرط على الالزام والالتزام الابتدائي كماحكي عن المحقق الاردبيلي ، واستشهد لذلك موارد استعمالاته ، كقوله في دعاء الصحيفة الشريفة « ولك يارب شرطي أن لاأعود » وفي دعاء الندبة « بعد أن شرطت عليهم الزهد في درجات هذه الدنيا الدنية».

ولكنه مدفوع بعدم مساعدة العرف بذلك، بل كلام أهل اللغة يساعد خلافه كما في « القاموس » : الشرط الزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه . فلايشمل على الابتدائي ، والامثلة المذكورة أيضاً لاتنافي ذلك ، اذ الاول في ضمن التوبة والثاني في ضمن عهد الولاية لهم والسلطنة التامة العامة لهم ـ صلوات الله وبركاته عليهم ـ على رقاب غيرهم .

« ومنها » قوله « البيعان بالخيار مالم يفترقا واذا افترقا وجب البيع » حيث يدل على اللزوم بعد الافتراق .

وأورد عليه : أنه لايدل على اللزوم في غير صورة الافتراق ، فلايشمل على جميع صور البيوع ، فان البيع الذي ليس له محل واجتماع وافتراق خارج عن مدلوله . وأما في صورة الافتراق فيماكان له مجلس واجتماع وان كان يدل على اللزوم ولكنه مقصور من هذه الجهة الثابتة فيه الخيار ، فهو انما ينفي الخيار الحاصل في المجلس وبعد الافتراق ليس له ذلك الخيار ، فوجوبه من هذه الجهة لاينافي

جوازه من سائر الجهات . وسيأتي توضيح الحال فيه فانتظر .

بقي الكلام في مدرك من تمسك بأصالة الجواز وبيان أن الوجه في ذلك استصحاب علاقة المالك الاول عند الشك في انقطاعه بالمرة بحيث لم يكن له سلطنة الرجوع أصلا ، فهذا مقدم على استصحاب الملكية . استدل بها شيخنا العلامة « قده » في مبحث بيع المعاطاة .

وفيه : ان علقة الملكية ليس لها معنى آخر خارجاً عن الملكية ، بل هي عبارة عن السلطنة التامة على الشيء الذي هو عبارة أخرى عن الملكية ، ومن المعلوم أن الملكية قد زالت عنه بالفرض وليست للملكية مراتب حتى نلتزم بالتفكيك بزوال بعض مراتبها وبقاء بعض آخر .

وان أريد منها سلطنة الرجوع وارجاعه الى ملكه .

فيه : أنه ليس لهذا الاستصحاب متيقن سابق ، فعلى التقدير الاول ليس شك لاحق لزوالها قطعاً ، وعلى التقدير الثاني ليس يقين سابق ، اذ هذا المعنى عبارة أخرى عن الخيار ومعلوم أنه تابع لدليله، ويستحيل أن يجتمع مع المتيقن السابق الذي هو عبارة عن الملكية .

وربما يقال : ان الوجه فيه استصحاب الخيار الثابت في مجلس البيع بالنص والاجماع فيما انقضى المجلس .

فيه : أولا ـ ان ذلك ليس بمطرد في جميع البيوع ، فلم يثبت الاصل في البيع بل انما هو منحصر في البيع الذي حصل في المجلس دون غيره .

وثانياً ـ ان ذلك لايتم على مذهب من تمسك بالعموم عند خروج فرد في خصوص زمان ، فما بعد ذلك الزمان هل يجب الرجوع الى العمومات أو الى الاستصحاب ؟ فان ذلك محل النزاع ومعركة الاراء كما يأتي تفصيله .

وثالثاً ـ انه لامجرى لاستصحاب خيار المجلس فيما بعده ، لعدم الشك اللاحق لانقطاع الخيار بتواتر الاخبار في أنه اذا افترقا وجب ، فبعد دلالة الدليل على كون خيار المجلس منتهي بغاية الافتراق وعند انقضاء المجلس وتفرق الاجتماع لزم البيع ، كيف يمكن جريان استصحاب الخيار ، بل الواجب حينئذ استصحاب الملكية ، فيبقى ذلك سليماً عن الحاكم والمعارض ـ أعني استصحاب الخيار ـ فانه لو كان جارياً كان مقدماً وحاكماً على ذلك الاستصحاب ، الا أنه منقطع بالدليل فيبقى التمسك باستصحاب الملك سليماً عن الحاكم .

هذا ماأفاده شيخنا العلامة الانصاري « قده » في كتابه ثم أمر بالتأمل . ويمكن أن يكون اشارة الى أنه بعد تواتر الاخبار في انقطاع الخيار لامجرى لاستصحاب الملكية ولامحل له ، اذ لامسرح لاجراء الاصول بعد ثبوت الادلة الاجتهادية كما قرر في الاصول ، فعند الدليل الاجتهادي لايجري الاصل ، سواء كان موافقاً له أو مخالفاً .

ويمكن أن يكون اشارة الى نفس المفرع ، بمعنى أن كون استصحاب الملكية سليماً عن الحاكم موقوف على عدم حجية استصحاب الكلي ـ أعني استصحاب الخيار ـ وأما لو قلنا بحجيته ـ كما اختاره في كتابه في الاصول ـ لكان الاصل حينئذ الخيار فيقدم على استصحاب الملكية . ولاينافي استصحاب الخيار الكلي لتواتر الاخبار لانقطاع خيار المجلس ، بتقرير أن يقال: انه لما ثبت في المجلس خيار بالدليل يقيناً وهو حاصل في ضمن خيار المجلس ، ولكن نحتمل مع كون ذلك الخيار فرداً آخر أيضاً من أفراد الخيار بحيث يتقوم به كلي الخيار أيضاً ، فاذا دل الدليل على انقطاع ذلك الفرد اليقيني وزواله واحتملنا مع ذلك بقاء الكلي ضمن فرد آخر الذي كان مشكوكاً في زمان ذلك الفرد لا ضير في جريان

الاستصحاب بالنسبة الى ذلك الكلي لليتين السابق به والشك اللاحق .

وهذا قسم من الاقسام الثلاثة من أقسام استصحاب الكلي الذي ذكره «قده» في الرسالة حيث فصل في القسم الثالث بين تبدل الفردبفرد آخر أو حدوثه بعد زوال الاخر وبين احتمال كون الفرد مقارناً للفرد المعلوم ، فيجوز استصحاب الكلي في الاخير دون الاولين . فعلى مختاره من جريان الاستصحاب الكلي في هذا القسم يتم استصحاب الخيار الحاكم على استصحاب الملكية فتثبت أصالة الجواز ، اذ الفرد المعلوم ـ أعني خيار المجلس ـ احتمل كونه مقارناً للفرد الاخر، فاذا زال الفرد المعلوم واحتملنا قوام الكلي بالفرد الاخر المحتمل هو المستصحب الكلي حينئذ فأصالة عدم ذلك الفرد المحتمل لاينفع في نفي الكلي لعدم كونه من أثـره .

هذا ، ولكن أورد عليه شيخنا الاستاد « دام ظله » بما حاصله منع جريان استصحاب الكلي في مثل الفرض بالنقض والحل :

أما النقض: فالازم عليه استصحاب الاشتغال عند الشك بين الاقل والاكثر في الديون والفرائض واستصحاب النجاسة بعد غسل موضع يصيب منه في الثوب مع احتمال قطرة أخرى غير معلومة معه في طرفه الاخر أ مع أن ذلك لايلتزم به أحـد .

وأما الحل: فلان الشك فيه شك في الكمية لا الكيفية، كما في استصحاب الكلي عند الشك بين الفيل والبق مثلا ، فان المتيقن وجود واحد الا أن الشك حاصل في الكيفية هل هي على نحو يطول عمره سنة أو سنتين أو ساعة مثلا. بخلاف المقام، فان الكلي الحاصل في ضمن فرد يقيني له وجود وفي ضمن الفرد المحتمل وجود آخر ، فالوجود اليقيني قد ارتفع يقيناً ووجوده الحاصل في ضمن الفرد المحتمل

كان محتملا من الاول فالاصل عدمه. فليس فيه يقين سابق حتى يجري فيه الاستصحاب.

وبعبارة أخرى : ان الكلي الذي فرض في هذا القسم يقع الشك من جهة كمية وجوده هل هو موجود في ضمن فرد آخر كما أنه موجود في ضمن هذا الفرد المتيقن . ومن المعلوم ان الوجودين متغايران ، ضرورة تغاير وجود فرد مع وجود فرد آخر وان كان الموجود واحداً والطبيعة الكلية واحدة مشتركة بينهما الا انه مع فرض تغاير الوجودين يصير مآل الاستصحاب في الكلي على تقدير ليس فيه حالة سابقة كوجوده في ضمن فرد محتمل ، وعلى تقدير ليس فيه شك لاحق لارتفاع الفرد المتيقن . وتفصيل ذلك في الاصول فراجع .

فصار المختار حينئذ بطلان استصحاب الكلي ، فبطل أصالة الجواز ، فالمحكم حينئذ أصالة اللزوم لاستصحاب الملكية مع العمومات من الكتاب والسنة كما سبق ذكرها .

هذا كله في البيع ، وأما الكلام في مطلق العقود فقد ظهر لك حقيقة الحال فيه أيضاً من أن العمومات تقتضي اللزوم فيها ، ولكن الظاهر من العلامة « قده » التفصيل ، حيث ذكر في المسألة السابقة أن الاصل عدم اللزوم والظاهر منه عدم اشتراط أصالة عدم اللزوم في غيرها مما يكون من قبيل المعاوضات ، كما أن شيخنا العلامة الانصاري « قده » استحسنه في خصوص المسابقة وشبهها مما لا يتضمن تمليكاً أو تسليطاً ليكون الاصل بقاء ذلك الاثر وعدم زواله بدون رضى الطرفين .

ولكن هذا موافق لما اختاره شيخنا الاستاذ « دام ظله العالي » سابقاً من التفصيل بين العقود فيما كان الحاصل منها ان كان من الاثار الثابتة والصفات المعنوية فلازم الاستصحاب هذا المعنى الحاصل والا بمعنى أنه لم يكن مفاد العقد الا مجرد الالتزام مثلا بحيث لم يحدث منه أثر ولا صفة كالمسابقة فالاصل فيه الجواز لعدم اجراء الاستصحاب .

فكل عقد يقتضي حصول الصفة لاحد من المتعاقدين كالملكية في البيع والزوجية في النكاح ومطلق السلطنة في الوكالة فعند الشك في بقائه وزواله بدون رضى الاخر تستصحب تلك الحالة ، وكل عقد ليس الحاصل منه حال من الاحوال ولا صفة من الاوصاف كالوديعة والمسابقة لم يجر فيه الاصل وليس الاصل فيه اللزوم. الا أن ذلك التفصيل مخالف للقاعدة المستفادة من العمومات .

هذا كله بالنسبة الى الشبهة الحكمية ، وأما اذا شك في العقد الخارجي أنه من مصاديق العقد اللازم أو الجائز ، فمن تمسك بالعمومات في الشبهات المصداقية فهو مستريح في الحكم باللزوم ، وأما بناءاً على ماهو الحق فيرجع الى الاصل العملي ، أعني استصحاب الاثر الحاصل وعدم زواله بالفسخ اذا لم يكن هناك أصل موضوعي آخر يثبت أحدهما، كما اذا شك في أن الواقع هبة حتى يجوز الفسخ أو صدقة ، فقد قال شيخنا العلامة « قده » مقتضى كون الاصل عدم قصده القربة كونه هبة .

ولكنه كما ترى مبني على حجية الاصل المثبت، وهو خلاف المختار. فمقتضى القاعدة ترتيب الاثار الشرعية المترتبة على ذلك الاصل وأما الحكم بكون العقد من العقود اللازمة فلا .

أقسام الخيار

أما الكلام في أقسام الخيار فربما يقال : انها لاتحصى بناءاً على استفادة الخيار من قاعدة لاضرر وغيرها كما سنشير اليه تحقيقاً، الا أن المعنون منها خمسة كما فعله المحقق في « الشرائع » أو سبعة كما فعله في « النافع » وتبعه العلامة في بعض كتبه، وأربعة عشر كما في « الروضة » ، واحتمل بعض شراحه ضعف ذلك.

وكيف كان نحن نقتفي أثر المعنونين ونسأل الله التوفيق ، فنقول :

خيار المجلس

الاول: خيار المجلس ، المراد منه خيار عدم التفرق ، واضافته الى المجلس اضافة الى بعض موارده من باب الفرد الغالب .

وذكر بعضهم ان اضافته اضافة الحال الى المحل. فيه : انما يتحقق في المعاني ولا حلول للخيار في المجلس .

وذكر آخر ان الاضافة اضافة اختصاص . فيه : كما ترى لا اختصاص في المجلس له لثبوته في غيره أيضاً .

فالاولى أنها من باب اضافة الظرف الى المظروف ، كـ « ماء الكوز » .

وكيف كان يقع الكلام في البحث في مواضع :

(الاول) في ثبوته :

لا اشكال في تحققه وثبوته في الشرع بالنص والاجماع ، بل النصوص يمكن دعوى تواترها في المقام وعدم معارضتها لشيء من الاخبار . وماورد في خبر غياث عن جعفر عن أبيه عن علي عليه‌السلام قال: اذا صفق الرجل على البيع فقد وجب وان لم يفترقا . مطروح محمول على اشتراط السقوط ، وغير ذلك من المحامل. وقد ذكر في « الجواهر » تبعاً لـ « لرياض » الاجود حمله على التقية من أبي حنيفة في فتواه التي أقدم بها هنا وغيرها من سائر فتاواه التي تحصى الى قرب أربعمائة حيث أفتاها على خلاف رسول الله صلوات الله عليه وعلى عترته الطاهرين المعصومين ولا غرابة في ذلك في مخالفته في الفروع بعدما خالف رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله في وصيته في الاصول .

وكيف كان لابد من تنقيح المقام في أنه هل يختص بخصوص المتبايعين المتعاقدين أو يعم كليهما . بعبارة أخرى : هل يختص بالموكلين أو بالوكيلين أو

يعمهما . وعلى الثالث هل العبرة في سقوط الخيار بتفرق الكل أو الموكلين أو الوكيلين أو يكفي تفرق أحدهما ؟ وجوه وأقوال ناشئة من ورود الحديث الذي هو الاصل في ذلك ، أعني قول الصادق عليه السلام في صحيحي ابن مسلم وزرارة عن رسول الله صلى الله عليه وآله : البيعان بالخيار حتى يفترقا . ونظيره قوله عليه السلام في صحيح الفضيل لما قال له: ما الشرط في غير الحيوان ؟ البيعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا فلا خيار .

فلابد من بيان ورود الحديث والمراد من قوله « البيعان » ، وها هنا مقامان قد وقع الخلط بينهما والاشتباه فيهما فلابد من تفكيك الجهتين والتكلم في كل منهما، وهو :

ان ثبوت الخيار من باب حكم شرعي تعبدي ثابت باعتبار ايقاع العقد وايجاد السبب من غير مدخلية لنص الموكل واذنه فيه بل لا أثر لمنعه وعدم رضائه ، لانه حكم الهي ثبت للوكيل المجري لصيغة العقد من جهة استفادته من الدليل الشرعي .

وهذا أحد المقامين ، والاخر ماكان ثبوته للوكيل من جهة تفويض الموكل والخيار لوكيله المجري للصيغة وتوكيله في الخيار أيضاً كتوكيله في اجراء العقد . فتختلف جهة النزاع في الصورتين وتختلف لوازمها، اذمن لوازم الاول عدم ثبوت الخيار للمالك بل ثبوته للفضولي، لان الخيار حينئذ حكم ثابت من الشرع للعاقد، وان العبرة في التفرق في سقوط الخيار تفرقهما لاتفرق المالكين. وأيضاً لامعنى للتفصيل على هذا بين توكيل الموكل وتنصيصه على الخيار وعدمه وابتناء جواز التوكيل على مسألة أخرى، وهي جواز التوكيل فيما لايملكه الموكل حين التوكيل وعدمه ، كما وقع في « المسالك » حيث قال: وأما الوكيلان فان لم ينص لهما الموكل على الخيار لم يكن لهما الفسخ، فينتفي الحكم عنهما . وان

وكلهما فيه فانكان قبل العقد بنى على التوكيل فيما لايملكه الموكل هل يصح بوجه أملا؟ وسيأتي في بابه انشاءالله تعالى . فان لم نجوزه لم يكن ذلك لهما أيضاً وان جوزناه أوكان التوكيل فيه بعد العقد في المجلس كان لهما الخيار مالم يفترقا عملا باطلاق الخبر . وهل ثبت مع ذلك للموكلين اذا حضرا المجلس ؟ قيل نعم ـ الى آخره .

فانك كما ترى هذه المقالات أجنبية عن ذلك المقام الاول الذي ينبغي التكلم فيه من جهة استفادته من الخبر ، فالذي ينبغي أن نتكلم فيه أولا دلالة الخبر على ثبوت الخيار للوكيل العاقد أم لا وتنقيحه ، ثم على القول بعدم دلالته ينبغي أن يقال هل تثبت أدلة الوكالة ماثبت للموكل من الخيار لوكيله أملا تثبت . ضرورة أن اثبات الخيار للوكيلين بسبب التوكيل حيث كان التوكيل مستنداً للخيار اثباتاً ونفياً لاوجه لتمسكه باطلاق الخبر ولا لتأجيله بالافتراق الذي هو أجل للخيار الثابت بسبب العقد .

كما أن من لوازم المقام الثاني امكان هذا التفصيل والتشقيق بين الوكالة في أنها وكالة مطلقة ـ كان يقال أنت وكيل في البيع على الاطلاق والتصرفات كما هو سبيل العاملين والمضاربين والتجار ـ أو في خصوص العقد فقط أو في توكيله وتنصيصه في الخيار قبل العقد حتى يكون من قبيل التوكيل فيما لايملكه أو بعد العقد .

وأيضاً من لوازم ذلك المقام أن العبرة في التفرق تفرقهما أو ثبوت الخيار للمالكين ولو كان أحدهما في المشرق والاخر في المغرب وغير ذلك ، كما أنه حينئذ ليس خيار المجلس للفضوليين ، كما سيتضح لك حقيقة الحال .

ثم ان الوكالة قد تكون في الفسخ وهذا لاكلام في صحته وخروجه عن مسألة المقام ، وقد تكون في الخيار بعد العقد وهذا مبني على مسألة التوكيل فيما

يملكه، كما لو وكل الرجل في طلاق امرأته التي مازوجها حين التوكيل، وقدتكون في البيع من جهة الوكالة في التصرف المالي كأكثر الوكلاء والعاملين في البلاد. فلابد حينئذ من البحث في تلك الجهات في مقامات :

(الاول) في ثبوت ذلك الخيار للوكيل من جهة أنه عاقد، هل يثبت ذلك من الشرع ويساعد عليه الحديث أم لا ؟ فنقول بعونه تعالى :

لااشكال بل لا خلاف في دخول العاقدين في مدلول الحديث الشريف وكونهما مرادين بالبيعان بعد ملاحظة مالم يفترقا، واذا افترقا حيث لاخلاف عندهم بل يمكن دعوى الاجماع القطعي على أن المراد من الافتراق والاجتماع انما هو باعتبار مجلس العقد ومكانه وظهوره في ذلك، وانما الاشكال في أنه هل يعتبر كونهما لانفسهما أو أعم من أن يكونا عاقدين لنفسهما أو لغيرهما ، فيثبت الخيار حينئذ للوكيل المجرد في اجراء الصيغة ولو لم يأذن المالك لخياره بل له ذلك وان منعه؟ وجهان بل قولان .

وقد مال الى الثاني في « الحدائق » ، تجمداً لصدق « البيعان » واطلاقه على من أجرى العقد ، سواء قلنا بأن البيع هو الصيغة والايجاب والقبول أو النقل ، والانتقال، فان العاقدين مجريان للصيغة وموجدان لسبب النقل والانتقال وناقلان أيضاً أحد العوضين الى مالك الاخر ، فيحكم بمقتضى الاطلاق على ثبوت الخيار للعاقدين ولو لم يكن نص من الموكل ولااذن منه ، فان العبرة حينئذ هو العقد واجتماعهما له وافتراقهما عنه .

ولكن الاقوى ـ وفاقاً للمحققين ـ هو الاول، فيختص موضوع الحكم على العاقدين لانفسهما، فيشمل على المالكين الاصليين اذا تعاقدا لنفسهما، ويدل على ذلك وجوه :

الاول : مافي « مع » من أن الغالب في العاقدين أن يكونا مالكين، فينصرف

البيعان الى العاقدين لنفسهما .

الثاني: تخصيص الغرض الملحوظ في جعل الخيار، وهو الارفاق بالمالك، فان الخيار حق متعلق في مال المالك للارفاق بحاله فيتبع ، فان الغرض قد يخصص كما أنه قد يعمم. ومعلوم أنه لا ارفاق للمالك في ثبوته للعاقدين بدون اذنه وعدم رضائه.

الثالث : وحدة السياق في بعض الاخبار بين هذا الخيار وخيار الحيوان ، فكما أن خيار الحيوان ليس الا للمالك فكذلك هذا الخيار ، كما هو ظاهر لمن لاحظ قول الصادق عليه السلام في صحيح الفضيل .

الرابع : ملاحظة الاشباه والنظائر من سائر الخيارات، حيث أنها لا تثبت الا للمالك ، والتعدي منه الى موقع الصيغة ومجريها لا ينبغي للفقيه .

الخامس : ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » أن مفاد أدلته اثبات حق وسلطنة لكل من المتعاقدين على ما انتقل الى الاخر بعد الفراغ عن تسلطه على ما انتقل اليه . ومن المعلوم أن العاقدين لغيرهما ليس لهما سلطنة فيما انتقل عن الاخر بعد الفسخ ، فلا يجوز له سلطنة في فسخ ما انتقل الى الاخر .

السادس: منافاة ثبوت الخيار للاجنبي العاقد مع قاعدة «سلطنة الناس على أموالهم» فتأمل .

فيقتصر على القدر المتيقن من الخروج، وهو ما كان العاقد مالكاً، ويستكشف على أن المراد من « البيعان » في الحديث الشريف هو العاقدان لنفسهما، فبانضمام بعض تلك الوجوه تطمئن النفس على عدم كون المراد من البيعان هو الذي كان موضوعاً لحكم العاقدين فقط من دون صدقهما على المالك .

مضافاً الى كفاية الوجه الثاني في المقام ومساعدة كلمات الفقهاء وعدم ظهور قول معروف في الخلاف مع ضعف مستنده ، فانه ربما يكون اطلاق « البيعان»

على العاقدين المجريين للصيغة فقط من دون أن يكونا مستقلين في التصرف من باب التوسع فقط ، فلايثبت المطلب حينئذ .

فظهر لك عدم الخيار لمن أجرى الصيغة اذا لم يكن أصيلا، فاذا أجرى الصيغة الوكيل في مجرد الصيغة فهل للمالكين خيار مطلقاً ـ سواء حضرا في مجلس العقد أولم يحضرا ـ أوليس لهما أيضاً خيارأم لهما الخيار اذا حضرا في مجلس العقد والا فلا ؟ وجوه بل أقوال :

(الاول) ماحكي شيخنا الاستاد « دام ظله العالي » عن الفاضل الجواد شارح « اللمعة » ، ودليله أن ثبوت الخيار تابع للدليل ، ولم يساعده في المقام ، اذ البيعان لايصدق على العاقدين لغيرهما كما ذكرناه ، وكذلك لايصدق على المالكين أيضاً اذا لم يبيعا بأنفسهما الامن باب التوسع . ويشهد لذلك صحة السلب في قولنا انهما ماباعا وانما باع وكيلهما، وماذكروا أنه لوحلف على عدم البيع لم يحنث ببيع وكيله .

(الثاني) مالعله المشهور المختار كما ذهب اليه شيخ الفقهاء « قده » ثبوته للمالكين مطلقاً، سواء حضرا أولم يحضرا وان كان أحدهما في المشرق والاخرفي المغرب .

ويستدل على ذلك: تارة بالاطلاق وصدق البيعان عليه كما في « الجواهر ». ويندفع بالشبهة المذكورة من أن الصدق انما يكون من باب التوسع ولذا لم يحنث ويصح السلب عنه .

وأخرى ماذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » سليماً عن تلك المناقشة ، وهو عدم التبادر في خصوص المباشر ، فان « البيعان » لايتبادر منه حيث أطلق المباشرة في الصيغة وكونها صادرة، فحينئذ عدم التبادر دليل على الحقيقة بين المالك الذي لايباشر بنفسه العقد وبين المالك المباشر، وحيث ينتفي احتمال

الاشتراك اللفظي بالاصل يثبت الاشتراك المعنوي، وهو المطلوب . فيكون مفاد البيعان في الحديث دخول المالكين مطلقاً .

ولكن يدفعه ذيل الخبر الشريف، أعني تقييده بمالم يفترقا، فانعود الضمير الى « البيعان » لايكون الا أن يكون المالكان موقعين للصيغة ، اذ ليس الافتراق والاجتماع هنا الا للعقد ، فينتفي كون المراد من الموضوع مطلق المالك . فالمحصل من الرواية أن البيعان المالكان ثابت لهما الخيار مالم يفترقا عن مكان العقد ومجلسه ، يعني ثبوت الخيار انما هو عند اجتماعهما ولايكون اجتماعهما اذاكان أحدهما في المشرق والاخر في المغرب .

وبعبارة صريحة : ان « مالم يفترقا » قرينةكاشفة على أن الموضوع لحكم الخيار ـ أعني البيعان ـ لابد أن يكونا مباشرين للصيغة حتى يلاحظ الافتراق والاجتماع، فاذا خرج الفردالمباشر المجري للصيغة فقط من دونأنيكون مالكاً ومستقلا في التصرف ـ كما سبق بالوجوه المذكورة ـ فانحصر مداره في المباشر الذي يكون مالكاً ، فلايدل هذا الخبر على ثبوته لمطلق المالك ، أعني ما كان مالكاً للثمن والمثمن من دون مباشرته للصيغة، لظهور ان عدم الافراق والافتراق انماهما ملحوظان بالنسبة الى العقدكما يؤيده فهم الفقهاء « رضوانالله عليهم » .

وكفاك في ذلك مافي « جامع المقاصد » حيث قال : وان أريد بهما مالك المبيع ومالك الثمن لميطابقأول الحديثالا اذاكان المالكان هما العاقدين، لان قوله « مالم يفترقا » لايصدق في المالكين اذاكان العاقد غيرهما ، لانه يصير معناه حينئذ البيعان بالخيار مالم يفترق المتعاقدان . وهو غير ظاهر الا أن يدعى وجود القرينة الدالة علىمرجع هذا الضمير، وهي ذكر الافتراق المقتضي لسبق الاجتماع للعقد ـ الخ .

وفيه : عدم كونه ظاهراً في لزوم التفكيك بين «البيعان» وبين الضمير، فلو سلمنا شمول البيعان على المالكين لكن عود الضمير اليهما قرينة على أن المراد منهما أن يكونا متعاقدين أيضاً، فاعتبار اجتماع مجلس العقد في الثبوت وافتراقه في السقوط ينافي لتعميم البيعان على المالكين الغريبين من مجلس العقد واجرائه . الا أن يقال باختلاف الضمير والمرجع ، وهو كما ترى .

وثالثه : أن يقال في مدرك القول بتعميم « البيعان » على المالكين سواء حضرا أولم يحضرا ، وهو عموم الجهة الداعية لجعل الحكم والغرض الموجب لثبوت الخيار ـ أعني الارفاق على المالك ـ فان الخيار انما يثبت باعتبار كونه حقاً متعلقاً في مال المالكين لمجرد الارفاق بهما والمصلحة لحالهما والتشفق عليهما ، ومن المعلوم لزوم اتباع الغرض الداعي للحكم اثباتاً ونفياً خصوصاً وعموماً، فان الغرض كما يخصص الحكم كذلك يعممه أيضاً ، كقولنا « لاتأكل الرمان » ، فاذا علمنا أن الغرض والداعي لجعل الحكم هو الحموضة ـ بقرينة تعقبه على قوله « مادام حامضاً » أو « اذاكان حامضاً » أو« لحموضته » ـ فيخصص الرمان الى الحامض ويخرج الحلو عن شمول اطلاقه ، كذلك يعممه على كل ماله الحموضة، ولايلزم من ذلك اختلاف الضمير والمرجع بين قوله « مادام حامضاً» أو « اذاكان حامضاً » مثلا وبين الرمان .

كذلك يقال في الخبر الشريف، فان حكمة الارفاق كما ذكرنا سابقاً تخصصه فخرج العاقدان لغيرهما عن شمول اطلاق البيعان، فانحصر مدلوله على العاقدين المالكين . وحيث كان شموله على المالكين الموكلين بالوجهين السابقين محل خدشة ومناقشة نقول : انها ـ أي حكمة الارفاق ـ تعممه ، فيطرد الحكم على موارد تلك الحكمة ومجاريها وان كان موضوع الحكم قاصراً عنها .

فثبت الخيار بملاحظة الارفاق وكونه حقاً للمالك على المالكين الموكلين

سواء حضرا أولم يحضرا، ولكن يجب ملاحظة ثبوته لهما وسقوطه عنهما دوام مجلس العقد وفواته بمقتضى قوله «مالم يفترقا» و«اذا افترقا» لظهوره بل صراحته بثبوت الخيار مالم يفترقا عن مجلس العقد وسقوطه ولزوم البيع اذا افترقا .

وان شئت فقل بعبارة أوضح : انه لماكان المختار من « البيعان » العاقدين المالكين دون غيرهما وعاد الضمير اليهما أيضاً من دون التفكيك والاختلاف ولكن لهما حيثيتان الحيثية المالكية والحيثية العاقدية ، فثبوت الخيار انما هو من الحيثية المالكية لاقتضائها الجهة الموجبة للخيار، وبملاحظة تعميم الجهة يثبت للمالك مطلقاً . وسقوط الخيار انما هو من حيثية العاقدي، وحيث لاتقتضي هذه الجهة العموم فلاعبرة في سقوطه افتراق المالكين ، لان حكمة الارفاق لاتقتضي لزمان الخيار أزيد من زمان مجلس العقد ، بل عند التحقيق يقتضي اللزوم حتى يتسلط كل منهما في ماله على الاطلاق.

القول الثالث : وهو ثبوت الخيار للمالكين اذا حضرا في مجلس العقد .

تقريب الاستدلال : صدق « البيعان » عليهما، الا أنه لماكان مذيلا في الخبر الشريف بعدم الافتراق وهو يستلزم الاجتماع فيكون القيد قرينة على اعتبار الحضور ومقيداً لاطلاق البيعان، فانما يحكم ثبوت الخيار لهما حيثما لم يفترقا مجلس العقد .

فان قلت: ان قوله « مالم يفترقا » انما يكون قرينة لاعتبار الاجتماع على سبيل الاطلاق ، لاستلزام الافتراق كونه مسبوقاً للاجتماع ، وأما اجتماعهما في مجلس العقد وحضورهما فيه فلايدل ، لقصور دلالته بمقدار هذا التقييد.

قلت : ذلك حسن فيماكان لقوله « مالم يفترقا » عموم واطلاق بحيث يعم صورة الحضور وعدمه، ولكن عمومه انما هو من جهة صدق المتعلق وقرينة الحكمة فهو لم يشمل فيما كان في مفروض المقام قدرمتيقن، فانقوله « مالم يفترقا»

المستلزم للاجتماع يتصور له فردان اجتماعهما في مجلس العقد وثانيهما اجتماعهما في مطلق المكان سواء كان مجلس العقد أم لا . وحيث أن الاول متيقن فيحمل عليه فلا يشتمل الاطلاق على غيره ، لعدم لزوم اللغوية التي هي المدرك في عموم الاطلاقات. فيكون المحصل من الرواية: ان « البيعان » بالخيار، وهو يشتمل على المالكين، سواء عقدا بنفسهما وباشرا في اجرائه أو كان المباشر غيرهما ولكن اذا حضرا في مجلس عقد المباشر .

ويرد عليه : ان المالكين يشترط حضورهما في مجلس العقد ولم يكونا بنفسهما مجرين فرد نادر، فلا ينصرف البيعان اليه لعدم شمول الاطلاقات للافراد النادرة .

والحاصل ان للمالكين ثلاثة أفراد : أحدها ما أجريا العقد بأنفسهما ،والثاني ما وكلا غيرهما في العقد مع حضورهما في مجلسه، والثالث ما وكلا غيرهما ولم يحضرا في مجلس العقد .

فيخرج الثالث على اعترافه «قده» بالتقريب المذكور من أن عموم الاطلاقات انما هو على حسب اندفاع اللغوية ونحن نقول كذلك ، والثاني يخرج أيضاً عن شمول النص لعدم شمول اطلاقه للفرد النادر كما هو الحال والمقرر في محله فانحصر مدلوله على المالكين اذا كانا عاقدين بأنفسهما .

وهذا هو المختار بحسب شمول النص والجمود على دلالته ، اذ لا يستفاد من اطلاقه أزيد من ذلك، وذلك لا ينافي ما أمضيناه من صدق « البيعان » على المالكين سواء عقدا بنفسهما وباشرا في العقد أو باشر غيرهما في العقد ، بدليل عدم التبادر فانه علامة الحقيقة في كون اندراج المالكين العاقدين أو موكلين تحت البيعان من باب الحقيقة ، لانا انما نقول بذلك بقرينة قوله « مالم يفترقا » . وحيث أن العبرة بذيل الكلام فيكون القيد مقيداً للبيعان ، فبملاحظته لا ينصرف الا الى المالكين

العاقدين فيخرج الموكلين سواء حضرا أو لم يحضرا .

ولكن المختار في ثبوت الخيار هو القول الثاني ، فيثبت للمالكين سواء حضرا أم لم يحضرا بل كان أحدهما في المشرق والاخر في المغرب، وسواء كانا مباشرين أو موكلين. أما اذا كانا عاقدين فللنص، وأما اذا كانا موكلين سواء حضرا أم لم يحضرا فلعموم حكمة الارفاق الموجبة للخيار ، حيث لا تأمل لهم في أن حكمة الخيار والمناط فيه هو الارفاق على المالك ، بل ذاك من باب المناط القطعي.

نعم سقوط الخيار انما يلاحظ بانقضاء مجلس العقد وافتراق العاقدين عنه، سواء كان العاقدان مالكين أو وكيلين عملا بالنص ، فلا تجري حكمة الارفاق بالنسبة الى السقوط الى الموكلين حتى نقول باعتبار سقوط الخيار بافتراقهما أيضاً.

فصار الحاصل من الرواية: ان ثبوت الخيار وسقوطه انما هو ملحوظ بالنسبة الى العاقدين ـ سواء كانا مالكين أو وكيلين الا ماخرج كالوكيل في مجرد اجراء الصيغة بالوجوه المذكورة ، فيعم المالكين وسائر أقسام الوكلاء أيضاً كما سيتضح ـ فلا يشمل الموكلين ولا الوكيلين في مجرد اجراء العقد .

وانما عممنا ثبوت الخيار للموكلين بعموم المناط حيث يجري فيه ، وأما بالنسبة الى سقوط الخيار فلا لعدم عموم المناط ، وحيث لا يجري المناط في سقوط الخيار بالنسبة الى الموكلين فينحصر على العاقدين بجميع أقسامهما حتى من كان وكيلا في مجرد اجراء العقد، سواء كانا مالكين أو وكيلين بجميع أقسامهما، فيشتمل على جميع صور الوكالة حتى في صورة الوكالة على مجرد اجراء العقد لعدم مخرج وعدم مجيء الوجوه المذكورة بالنسبة الى سقوط الخيار ، فتكون العبرة في سقوط الخيار ولزوم البيع بتفرقهما كما سنذكره تفصيلا انشاء الله تعالى في المقام الثالث .

فظهر لك مما ذكرنا من عدم ثبوت الخيار للوكيلين في مجرد ايقاع الصيغة

ثبوتاً شرعياًناشئاً من جهة العقد عدم ثبوت الخيار للفضوليين ، وان جعلنا الاجازة كاشفةفلاخيار لهما فيعقدهما، لا من جهة التوكيل ولا منجهة استلزام العقدحكم الخيا- من باب التعبد الشرعي : أما الاول فلان المفروض عدم تحقق الوكالةفي الفضولي ، وأما الثاني فلما ذكرنا من أن الدليل قاصر عن ترتب الخيار لمجرد الصيغة من دون صدق « البيعان » بالوجوه السالفة .

وأما ثبوته للمالكين بعد الاجازة فقال شيخنا العلامة الانصاري « قده » مع حضورهما في مجلس العقد وجهواعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل لهوجه - انتهى .

قد يقال في بيان مقصودهمن تلك العبارة : ان الوجهفي الوجه الاولبالنسبة الى أصل ثبوت الخيار للمالكين حيثأن المالكين فيالفضولي يمتازانعن غير صورة الفضولي بما سيذكره بعد من احتمال عدم الخيار ، لان الاجازة بمعنى الالتزام بالعقد فلايحصل له الخيار .

وقوله « واعتبار مجلس الاجازة له وجه » اشارة الى تعميم ثبوت الخيار بحسب المورد، حيثأن الخيار انما يثبت في مجلسالعقد لاغير للنصالمذكور ولكن مجلس الاجازة خصوصاً على القول بالنقل نازل منزلته ، فيجيء لمجلس الاجازة ماكان لمجلس العقد من جهة اشتراكهما في النقلية ، فالوجه حينئذكون الاجازة كالعقد في كونها سبباً للنقل .

ولكن الاولى أن يقال: ان تلك العبارة وانكانت قاصرة اشارة الى ماذكره بعض الفقهاء المتأخرين المقارنين لعصرنا بقوله : هل العبرة في ثبوت الخيار للمالك مجلس التمليك أو مجلس العقد؟ ففرع عليهأنهان قلنا بأن العبرة بمجلس التمليك فيثبت الخيارللمالك حين الاجازة ومجلسها لا بمجلسايقاع الصيغةوان حضرفيه، وان قلنابالثانييكون الخيارلهفيمجلس العقد لافيمجلس الاجازة حتى

أنهاذا انقضى مجلس العقد أو لم يطلعا زمانه ثم أجاز ليس له الخيار .

والى ذلك أشار « قده » بقوله: ثبوته للمالكين في مجلس العقد وجه. وأشار الى الوجه الاول ـ أعني كون العبرة في ثبوته مجلس التمليك ـ بقوله : واعتبار مجلس الاجازة على القول بالنقل له وجه . فعلم الوجه على هذا في تقييدها على القول بالنقل ، خصوصاً على القول بأنها عقد مستأنف ، اذ مجلس التمليك انما يكون مجلس الاجازة على هذين القولين، وأما على القول بالكشف يكون مجلس التمليك مجلس عقد الفضوليين . فتدبر . وهذا هو المراد من العبارة .

ثم هذا كله مبني على عدم الفرق في ثبوت الخيار للمالك بين أن يكون أصيلا أو فضولياً لصدق « البيعان » على كليهما ومجيء حكمة الارفاق على كليهما ويحتمل الفرق بعدم ثبوته للمالك المجيز وان كان يعم الدليل الا أنه قد أسقط الخيار باجازته لانها في معنى الالتزام ، خصوصاً اذا كان اجازته بلفظ «التزمت».

والى ذلك أشار « قده » بقوله : نعم يحتمل في أصل المسألة . ثم أمر بقوله « فتأمل » لعل وجهه منع دلالة « التزمت » و « أجزت » على سقوط الخيار، بل انما يدل على امضاء العقد والتزامه مع شروطه وأحكامه، ومن جملة أحكامه خيار المجلس ، كما أنه ربما يكون من جملة أحكامه خيار الشرط والتدليس وغيرهما فالاجازة لاتنفى انقطاع لوازم العقد منه ، بل انما هو رضاء بالعقد الصادر من الفضولي وينزله منزلة العقد الصادر من نفسه .

المقام الثاني

في بيان ثبوت الخيار للوكيل من جهة التوكيل وأنه هل تقتضي أدلة الوكالة ثبوت الخيار الثابت للمالك ، للوكيل أيضاً أم لا ؟ فنقول :

ان الوكيل تتصور وكالته على أقسام ثلاثة :

« أحدها » ـ ماكان وكيلا في مجرد ايقاع العقد .

« وثانيها » ـ ماكان وكيلا منصوصاً في التصرف المالي ومستقلافيه بحيث يشمل فسخ المعاوضة بعد تحققها ، نظير العاملين في القراض ،كما هـو الحال في وكلاء التجار العاملين لهم من بـاب المضاربة ويسافرون الى البلاد ويبيعون ويشترون استقلالا من دون اطلاع التجار الموكلين في جزئيات تصرفاتهم .

« وثالثها » ـ ماكان وكيلا في البيع من دون تصريح وتنصيص من الموكل بشيء من لوازمه ، الا انها تستفاد من الاطلاق لو قلنا به .

أما الاول : فلااشكال بل لاخلاف عدا ماعرفت من صاحب « الحدائق » في عدم ثبوت الخيار له ،كما ذكرنا تفصيلا .

وأما القسم الثاني : فكذلك أيضاً لااشكال في ثبوته له وان هذا القسم ليس محل كلامهم وخلافهم .

وأما القسم الثالث : فذهب شيخنا العلامة الانصاري « قده » الىعدم الخيار له ، لان اطلاق أدلة الخيار مسوق لافادة سلطنة كل من العاقدين على ماانتقل عنه بعد الفراغ عن تمكنه من رد ماانتقل اليه، فلاينهض لاثبات هذا التمكن عندالشك فيه ولاالتخصيص مادل على سلطنة الموكل على ماانتقل اليه المستلزم لعدم جواز تصرف الوكيل فيه برده الى مالكه الاصلي .

ولكن التحقيق وفاقاً لشيخ الفقهاء « قده » ثبوته لوجوه :

(الاول) لصدق « البيعان » الذي بمعنى العاقدين ، فيطلق على كل من صدر منه العقد وتحقق منه ايقاع الصيغة وانشاء النقل ، سواء كان أصيلا أو وكيلا ، فيعم مـاكانا عاقدين لنفسهما أو لغيرهما ، وانما خـرج الوكيل في مجرد ايقاع الصيغة بالوجوه المذكورة وبقي ماعداه بحسب شمول اطلاقه ، وهوماكان مالكاً أو وكيلا في البيع لافيمجرد الصيغة اذ العمدة من الوجوهالمخرجة للوكيل في

مجرد العقد هو تخصيص حكمة الخيار، أعني الارفاق على غير الوكيل في مجرد العقد لمنافاته مع الارفاق ، بخلاف الوكيل في البيع لعدم منافاة الارفاق معه، اذ الارفاق للوكيل ارفاق للمالك ، وهذا انما هو في الوكيل المطلق لافي الوكيل في العقد كما سبق .

(الثاني) لو أغمضنا عن ذلك وقلنا بأن «البيعان» عبارة عن المالكين العاقدين يمكن التمسك بثبوت الخيار للوكيل المطلق أيضاً بمقتضى الخبر المذكور من باب دخوله في موضوع الحكم وتنزيله منزلة المالك ، فللبيعان موضوع حقيقي وموضوع تنزيلي: أما الاول عبارة عن المالك العاقد ، أما الثاني عبارة عن الوكيل المطلق في البيع بحكم أدلة الوكالة ، حيث أن مقتضى أدلة الوكالة تنزيل الوكيل منزلة الموكل ، فيراد من « البيعان » الذي في النص المالك والوكيل كلاهما ، نظير مايقال في الدليل الحاكم قبال التخصيص والورود ، فان التخصيص اخراج حكمي وادخال للخاص تحت غير عنوان العام من باب الحكم ، وأما الحاكم اخراج موضوعي أو ادخال موضوعي على حسب الاختلاف في لسان الدليل .

(الثالث) انه لو كان أدلة الخيار قاصرة عن ثبوت الخيار للوكيل باعتبار اختصاصها بالموكل ولكن يجري حكمه لوكيله بأدلة الوكالة، بتقرير: ان المستفاد من أدلة الوكالة أن ماثبت للموكل ثبت للوكيل ، فهذا ليس من باب الادخال الموضوعي بل من قبيل اسراء حكم لموضوع الى موضوع آخر ، بأن يقال الخيار الثابت للموكل بمقتضى قوله « البيعان بالخيار » ثابت للوكيل المطلق بمقتضى أدلة الوكالة التي تدل على قيام الوكيل مقام الموكل وفعله فعله وعمله نافذ مثله . وحيث أوجد البيع الوكيل فيه وقلنا بثبوت الخيار له كما هو المختار أو عدمه كما هو مسلك شيخنا العلامة الانصاري ، فهل للموكل حينئذ خيار أم لا؟ فيه أقوال :

قــول بعدمه ، كما أن للوكيل ليس خيار كــذلك ليس للموكل أيضاً خيار .
ونسب ذلك الى الفاضل الجواد شارح « اللمعة » .

وقول بثبوته نلموكل دونـه ، كما هو المختار للشيخ العلامـة « قده » في « المكاسب » .

وقول بعدم ثبوته للموكل وثبوته للوكيل ، كمايظهرمن أول كلام«المسالك» وآخره وحكي الميل اليه من « الحدائق » .

وقول بثبوته له كثبوته للوكيل ، كما هو المختار .

ودليل المثبت قـد ظهر مما أسلفنا من صدق الاسم أعني صدق « البيعان » على المالكين الموكلين واطلاقه عليه ومن عدم التبادرمن البيعان خصوص المباشر في الصيغة ، فهو علامة الحقيقة بين المباشر والموكل .

ويستدل على نفي الخيار للموكـل بصحة السلب في المثال المتقدم السابق أنه ماباع بل باع وكيله ، واستشهد لذاك بعدم الحنث .

وأما استدلال المثبت بعدم التبادر ، مدفوع بأن عدم تبادرخصوص المباشر انما يدل على وجود معنى آخر معه بــأن يكون هذا المعنى مع المباشر كلاهما معنى حقيقياً للفظ ، أما تعيين المعنى الاخر الحقيقي وتعميمه الموكل فلا .

فظهر لك أن الوجه ثبوت الخيار للوكيلين من جهة كونهما نائبين عن الموكل وكـون فعلهما مظهر فعل الموكل ، فيسري ماثبت لــه اليه من الخيار من حيث التوكيل لعدم الفرق في صدق البيع عليهما ، بل ربما يكون صدقه على الوكيل أظهر من صدقه على الموكل ، كمافي صورة مافرضنا الوكالة المطلقة من المالك لوكيل وسافر الوكيل الى البلاد للتجارة فالموكل في العجم والوكيل في الهند مشغول بالبيع والشراء ، فمن المعلوم صدق البيع حينئذ على الوكيل أظهر من صدقه على الموكل الذي لم يطلع على تلك المعاملة .

وكل ذلك ـ أعني صدق البيع وثبوت الخيار ـ على الوكيل انما هو من أثر الوكالة وليس من جهة مجرد صدور العقد عنه حتى يكون من قبيل الحكم التعبدي ، فللوكيل جهتيان : جهة من حيث صدور العقد عنه ومباشرته فيه،وهذا كما ذكرنا لايقتضي ثبوت الخيار له ولايوجب ذلك المقدار لصدق البيعان عليه الجهة الاخرى من حيث التوكيل وكون شأن الوكيل شأن الموكل من جهة أدلة الوكالة .

فثبت الخيار للوكيل المطلق في البيع والتصرف لافي الوكيل المباشر في العقد من حيث المباشرة للعقد ، فالمسلم من صدق البيعان على الوكيل هو الوكيل في البيع فيكون مصداقاً للبيعان ،كما أن المالكين الموكلين مصداق له ، فاذا فرض تعدد الوكلاء من طرف واحد يتعدد الخيار على حسب تعدد الوكلاء وتراميهم، فاذا وكل المالك بالوكالة المطلقة وكيلا ثم الوكيل أيضاً وكل شخصاً آخر في البيع والتصرف يثبت الخيار لاشخاص ثلاثة وهكذا كما ذكر شيخنا العلامة الانصاري « قده » ، فقد يتحقق في عقد واحد الخيار لاشخاص كثيرة من طرف واحد .

وحينئذ هل ثبوت الخيار لهم على وجه الاستقلال ـ بأن يكون كل منهم ذا خيار ، فان اختلفوا في الفسخ والاجازة قدم الفاسخ وان تقدمت الاجازة على الاخر ، أو على وجه أن يكون المتقدم منهم نافذاً وان كانت الاجازة سابقة فلا ينفع الفسخ بعده ، أو على عدم استقلال كل واحد منهم بل لابد من اجتماعهم على الفسخ أو على الاجازة ـ وجوه .

وتحقيق الكلام : أن الحق الثابت لمتعدد لايخلو اما أن يكون تعدده ذاتاً أو عرضاً ، بمعنى أن يكون استحقاق كل من المتعددين لذلك الحق بحسب الذات والاستقلال فيتعدد الحق حينئذ على حسب تعدد ذي الحق فيستوفي كل

منهم مادام المحل باقياً ، أو كان الحق بحسب الذات والجعل واحداً للطبيعة السارية مثلافيسري لمصاديق تلك الطبيعة فيتعدد على حسب تعددمصاديقه .

مثال الاول حد القذفوحق الشفعةوالقصاص اذا فرضناأن ثبوتها لاشخاص متعددين ارثاً أو أصالةانما هو على وجه الاستقلال ، فلكلمنهم سلطنة فياستيفاء ذلك الحق ، فلايسقط باسقاط بعضهم وعفوه حيث أراد الاخر استيفاءه ، فكلما أخذ الحق واستوفى سقط من جهة حصولالاستيفاء وفوات المحل ، فللكل الاخذ والاسقاط .

ففي المقام اذا ثبت الخيار لاشخاص متعددين على وجه الاستقلال في تمام الحق يكون لكل واحد الفسخ وان أجاز الاخر، فعند التعارض يقدم الفاسخعلى المجيز ، لعدم المنافاة بين الاجازة والفسخ لعدمالتعارض بينهما ،اذالاجازةعبارة عن ازالة الحق وابقاء العقد على مقتضاه ، لان الاجازة لاتزيد على مقتضىالعقد شيئاًكما في « الرياض » و « المكاسب » .

وليس المراد من الاجازة استقرار العقد وجعله لازماً ، بل انما هو اسقاط حق ، أي اسقاط السلطنة على الازالة والفسخ . ومن المعلوم أن اسقاط الحق من أحد من المتعددين لاينافي تشبث الاخر بحقه ، فلو أجاز واحد منهم يصير ذلك منه اسقاط حقه الثابت له استقلالا لاالزامالعقد وايجابه ، فلو فسخ الاخر بعدتلك الاجازة تشبثبحقه وانحل العقد ،كما اذا أسقطأحد الشريكين حد القذفوحق القصاص فلايسقط حق الاخر فله الاستيفاء ولكن في القصاص يجب دفع حصة الاخر الى أولياء المقتص منه جمعاً بين الحقين .

وأما القسم الثاني ــ أعني ماكان ثبوتــه للمتعدد بحسب الفرض والسراية ــ فينظر الى دليل ذلك ، فان دل على أن ثبوتــه لكل واحد على وجه الاستقلال ــ بمعنى أن لكل واحد سلطنة في اقرار ذلك الحق وازالته ــ كان تصرف كل سابق

منهم نافذاً حينئذ من السقوط والاستقرار ، كالوكلاء المستقلين ، فيمضي السابق، من اجازة أحدهم أو فسخه فلايؤثر اللاحق ، سواء كان اجازة أو فسخاً لفوات المحل وقابليته ، فان بعد الاجازة الاولى يصير العقد لازماً ويسقط الحق الواحد الثابت للكل ، فلايبقى وجه حينئذ للاجازة الثانية ولالفسخه .

وان دل على ثبوت الخيار في كل واحد على وجه الاستقلال فى نصيبه حيث كان المورد قابلا للتبعض لهم والتجزيةكان حينئذ اجازة كل واحد منهم وفسخه نافذاً فى حقه لافي حق باقي شركائه .

وان دل على ثبوته على المتعدد باعتبار انضمام بعضهم على بعض فلابد حينئذ من الثبوت والسقوط اجتماع كل منهم على الاجازة أوعلى الفسخ ، فلا يكفي سبق أحد منهم فى النفوذ ، فان الحق الواحد انماثبت بالارث أوبغيره بالمجموع .

والحاصل ان الحق الواحد الحاصل للطبيعة سرايته ونشره الى أفرادها لا يخلو من وجوه ثلاثة : اماعلى وجه الاستقلال بالنسبة الى الكل حيث لميكن المحل قابلا للتبعض كحق الموكل اذا نشر على وكلائه، أوعلى وجه الاستقلال في نصيبه دون نصيب باقي الشركاء حيث كان المحل على وجه الاشاعة لهم وقابلا للتبعض ، أوعلى وجه اعتبار انضمام بعضها الى بعض .

وأمامسألتنا هذه فهي من قبيل القسم الاول، ولذا قال شيخنا العلامة الانصاري فى مكاسبه : فكل من سبق من أهل الطرف الواحد الى اعماله نفذ وسقط خيار الباقين بلزوم العقد أوبانفساخه ، والوجه في ذلك أن خيار المجلس حق ثابت فى طرف واحد من البائع وكذلك فى طرف المشتري بقوله «البيعان بالخيار»، فثبوته على البيعان انماهو باعتبار ثبوت حكم للطبيعة فيسري فى جميع مصاديقها

فثبوت الخيار للوكلاء انماهو كماذكر من جهة توكيل المالك ، فثبوته للعاقد لنفسه ـ أي المالك بالاصالة ـ وبالعاقد لغيره انماهو من جهة التوكيل لامن جهة صرف التعبد الشرعي الالهي من جهة اقتضاء نفس العقد له .

فحيث أن ثبوت الخيار لوكلائه انمانشرت من جهة الوكالة من المالك فيسري حقه الواحد الى الكل، فكل من سبق الى الاجازة كان حكمه حكم اجازة المالك فينفذ ، فلايؤثر الفسخ بعده . وكذلك من سبق الى الفسخ انحل العقد كصورة فسخ المالك، فمقتضى أدلة الوكالة الدالة على أن ماثبت للموكل ثبت للوكيل نفوذ الاجازة والفسخ من الوكلاء حسب نفوذهما من الموكل وسيأتي توضيح باقي الاقسام ووجهه في محله انشاء الله تعالى فانتظر .

(واما المقام الثالث)

فتبين لك الحال فيه من بعض ماذكرنا .

قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : فهل العبرة فيه بتفرقهما عن مجلسهما حال العقد أوعن مجلس العقد أوبتفرق المتعاقدين فيكفي بقاء أصيل مع وكيل آخر في مجلس العقد ؟ وجوه أقواها الاخير ـ انتهى .

ولكن التحقيق أن العبرة في السقوط انماهي بملاحظة مجلس العقد ، لان الدليل المذكور انمايدل على ثبوت الخيار للبيعين اللذين يجتمعان في مجلس العقد وسقوطه عند تفرقهما وثبوته للمالكين على المختار سواء حضرا أو لم يحضرا ، انماهو في عقد الوكيلين باعتبار تنزيل عقدهما منزلة عقد المالكين أوبملاحظة حكمة الارفاق وتعميمه، ولكن مع ذلك يسقط الخيار عن المالكين الموكلين تفرق الوكيلين باعتبار ظهور الدليل المذكور في اعتبار دوام مجلس العقد، فمع تفرقهما لم يثبت الخيار لفوات مجلس العقد ، فيكون المدار على

مجلس العقد بمقتضى قوله «واذا افترقا وجب»، أي اذا افترق اللذان مجتمعان فى العقد فهما ليسا الا العاقدين ، فقد يكونان مالكين أيضاً وقد يكونان وكيلين ، فلا يكفي بقاء موكل مع وكيل مباشر في المجلس، لصدق تفرق العاقدين اللذين هما مرجع الضمير. فحينئذ يكون اردأ الوجوه الوجه الاخير .

فيرد على ماقـواه شيخنا العلامـة « قده » ـ حتى على مذهبه ـ من ثبوت الخيار للمالكين اذا حضرا في مجلس العقد ، اذ العبرة حينئذ هو تفرق من كان موضوعاً لقوله بالخيار وهو الوكيلان أو المالكان، فكأنه قال : المالكان الحاضران فى مجلس العقد بالخيار مالم يفترقا والوكيلان بالخيار مالم يفترقا فيلزم حينئذ على مذهبـه من اعتبار الحضور في مجلس العقد تفرق المالكين عن مجلـس العقد يوجب البيع كما أن تفرق العاقدين يوجب البيع .

هذا بحسب دلالة الخبر على مسلكه من اندراج المالكين الموكلين تحت قوله «البيعان» ، وأما بناء على مختارنـا فلاعبرة بتفرقهما واجتماعهما ، لانا انما أثبتنا لهما الخيار لدليل خارجي أعني الارفاق، سواء حضرا أولم يحضرا اجتمعا فى مكان واحد أم لا. نعم تكون العبرة في الثبوت والسقوط بمجلس العقد للمتعاقدين الوكيلين انعقاداً وتفرقاً ، فعند تحقق البيع يثبت لهما الخيار لعلية الارفاق، وعند تفرقهما يسقط عنهما الخيار لقوله « واذا افترقا وجب البيع»، فتكون العبرة حينئذ في ثبوته دوام مجلس العقد وفي سقوطه تفرقهما عنه .

(مسألة)

فى مالو كان العاقد واحداً

لو كان العاقد واحداً اما لكونه وكيلا عن البائع والمشتري أو ولياً عنهما ، أو أصيلا من نفسه أو وليـاً أو وكيلا عن أحدهما ، فهل يثبت له الخيار كثبوتـه

مع التعدد أم لا ؟ وجهان بل قولان، المشهور المعروف بل كاد أن يكون اجماعاً ثبوت الخيار بل في «الجواهر» لأجد فيه خلافاً بيننا، نعم حكى العلامة «قده» فى «التحرير» قولا بعدم ثبوت الخيار واحتمله بعض الاصحاب بل استقربه فخر الدين «قده» ومال اليه المحقق الاردبيلي، وفي «الحدائق» : أنه الاقرب وتوقف فى «التحرير» وفي «جامع المقاصد» ، ولو عد التوقف قولا لكانت فى المسألة أقوال ثلاثة ، الا أن لازم القول بالتوقف سقوط الخيار فى مقام العمل للاصل المؤسس الذي يكون هو المرجع عند التحير وهو في المسألة كماذكرنا اصالة اللزوم، واستدل على سقوط الخيار بوجوه :

(الاول) أن المقتضي للزوم موجود والمانع مفقود ، أما الاول فللعمومات والاطلاقات الدالة على اللزوم كماذكرنا ، وأما الثاني فلان المانع هو دليل الخيار لايصلح للمانعية ، ولايثبت الخيار في صورة الوحدة لعدم ظهور قوله: « البيعان » الا فى التعدد ، فلايثبت شموله على صورة كون العاقد واحداً .

(الثاني) قاعدة لاضرر بتقريب : ان الخيار لوقلنا في صورة الوحدة لكان بلاأمر لعدم حصول الغاية عند الوحدة ، اذ لايتصور الافتراق الذي هو المضي لذلك الخيارفيكون الخيار الدائمي الذي هو بلاغاية ولاأمر ضرراً للطرفين فهو منفي بقوله « لاضرر ولاضرار » .

(الثالث) دلالة قوله « البيعان بالخيار مالم يفترقا» على لزوم البيع عندكون العاقد واحداً ولعل الاستدلال بدلالة الخبر في صورة الوحدة لبعض الاجلةولم يذكر كيفية دلالته، ولعل نظره ظهور قوله «مالم يفترقا» على صورة التعدد أومن جهة مفهوم الوصف الضمني بأنه يستفاد من مادة الافتراق الاجتماع الذي يتصف بهالبيعان فيصير كمورد (البيعان المجتمعان) يثبت لهماالخيار وغير المجتمعين لم يثبت لهماالخيار كقوله «لي الواجد يحل عقوبته وغير الواجدلايحل عقوبته» كماهو

الحال في مفهوم الوصف .

ويرد على الاول باثبات المانــع كمايظهر عند ذكر أدلـة المثبتين ، وعلى الثاني : (أولا) أن قاعدة لاضرر انمايتمسك بها بثبوت الخيار لا لسلبه وسقوطه (وثانياً) أنه انماينفي الخيار ولاينفي ثبوت أصل الخيار، فان الذي يوجب الضرر ـ لوسلم ـ انماهو استدامـة الخيار فهذا لايدل على سقوطه من رأسه. و(ثالثاً) لو تم ذلك انمايكون على مذهـب الشيخ من عدم حصول النقل وعدم حصول الملك في زمن الخيار ، أوعلى مذهب من يرى حصول الملك ، الا أن من عليه الخيار مهجور عن التصرفات فلايجوز له التصرف .

فعلى القولين يحصل الضرر بثبوت ذلك الخيار الذي لاأمد لـه ، فاما سلمنا دوام الخيارلايلزم الضرر علىالقول المشهور المعروف من جواز التصرف كيف يشاء في زمن الخيار ، فعلى مذهب الحق والمشهور لميستلزم ذلك الخيارضرراً حتى ينتفي بالقاعدة .

ويـرد على الثالث : بمنع ظهوره في مطلق التعدد بحيث كان الـواحد وان اجتمع لـه الحيثان خارجاً عنه ، نعم انما يـدل على التعدد مـن حيث البائع والمشتري ، ومن المعلوم أن الحيثان مجتمعان في العاقد الواحد أيضاً لانه بائع من جهة ومشتر من جهة أخرى ، وأن مفهوم الوصف ليس بحجة فضلا عن أن يكون ضمنياً فلايكون مثله في مثل المقام مدركاً لثبوت الاحكام .

واستدل على القول بالثبوت بوجوه :

(الاول) الاجماع المنقولعن «الغنية» ويؤيده دعوىعدم الخلاف فيالمسألة واستظهار الاجماع المحصل .

(الثاني) حصول الاستقراء فياستقرارسائرأحكام المتبايعين في العاقدالواحد حيث أنا وجدنا الاحكام الثابتة عند صورة التعدد ثـابتة عند صورة الوحدة أيضاً

من غير استشكال و تفرقة بينهما ، و كذلك مانحن فيه من ثبوت خيار المجلس في العاقد الواحد أيضاً فان الظن يلحق المشكوك بالاغلب .

(الثالث) مجييء حكمة الخيار عند صورة الوحدة أيضاً فان الذي كان موجباً لجعل الخيار انماهو الارفاق على المالك وهذا لايفرق بين أن يكون العاقد واحداً أو متعدداً .

(الرابع) أن المقتضي للخيار في صورة التعدد ثابت في صورة الوحدة أيضاً وهو البيع ، اذ لافرق في تحقق البيعية من المتعدد والواحد و كذلك لافرق في سببيته اذا صدر منهما ، فكما انه اذا صدر من المتعدد سبب للخيار و كذلك سبب له اذا صدر من الواحد أيضاً .

(الخامس) دلالة قوله « البيعان بالخيار مالم يفترقا » من باب تنقيح المناط، حيث ان التعدد ليس لـه مدخلية في ثبوت الخيار حتى يكون صورة الوحدة خارجة عن ثبوت الخيار ، بل انما المناط في ثبوته من حيث تعليق الحكم على البيعان هو كونـه بيعاً ، سواء كان متعدداً أو واحداً لعدم التأثير للتعدد في ذلك ، فانه لو أثر فيه لاثر في غيره من الاحكام وهو معلوم العدم لترتب جميع الاحكام مع الاتحاد ، كذلك الخيار أيضاً لان البيع هو المناط في الثبوت من دون مدخلية في التثنية .

أو بأن يقال : أن دلالته عليه مـن جهة ترتب الحكم على الحيثية بتقريب أن يقال : ان الظاهر من تعليق الخيار بالبيعان ثبوته لهما من حيث هما بيعان، فالتثنية انما هي في قوة التكرار بالعطف ، فيصير حـاصل المعنى : أن البائع من حيث هو بائع بالخيار والمشتري من حيث أنه مشتري بالخيار. ومعلوم أن العاقد الواحد بائع ومشتري ، فيثبت له الخيار بالحيثين . ويندفع الكل :

أمـا الاول : فالمنقول منه موهون ، حتى صارت الاجماعات المدعـاة في

« الغنية » ضرب المثل في المرهونية ، ويزيد في الوهن في خصوص المقام ذهابه في « الغنية » الى سقوط الخيار على ماحكاه بعض أصحاب مجلس البحث، مضافاً الى عدم دلالة اجماعه في الثبوت في المقام لعدم شمول دعواه الاجماع على مسألتنا هذه لانه في مقام بيان دخول مجلس الخيار في ضروب البيع، فان عبارته المحكية حاصل مضمونها هكذا (أن خيار المجلس داخل في ضروب البيع لاجماع الطائفة) فانه كما ترى انما هو في بيان دخوله في أقسام البيع من الصرف والسلم وغيرهما من أنواع البيع وضروبه ، أما من جهة كون العاقد والمبيع والمشتري فلانظر لها ، فليس في مقام بيانها وهذا واضح ، وأما المحصل منه ظني لم يبلغ مرتبة العلم والحجة ، ودعوى عدم وجدان الخلاف كما في « الجواهر » ليس اجماعاً فلايصح أن يكون مدركاً في المسألة .

وأما الثاني : فلان المعتبر من الاستقراء كونه على وجه يوجب العلم ، واما الاستقراء الظني فليس بحجة عندنا وان كان استقراءاً تاماً ، اذ الغرض عدم افادته العلم في خصوص المورد ، فمن ادعى افادته في المسألة العلم بثبوت الخيار للعاقد الواحد فهو مردود عليه ، واما افادته الظن ــ لو سلمنا ــ لاينفع على المستدل .

وأما الثالث : على كون الارفاق حكمة ، فلان من شأن الحكمة عدم الاطراد كما أن شأنه عدم الانعكاس ولاينافي ذلك بما ذكرنا من كون الارفاق علة لثبوت الخيار للمالكين ، لانه انما هو في فرض التعدد . وأما كونه علة في ثبوت الخيار في صورة الاتحاد أيضاً غير معلوم ، فيكفي في بطلان الاستدلال لعدم ثبوت العلية في مفروض الكلام وكونه حكمة لاينفع ، لكونه غير مطرد ولاينعكس .

وأما الرابع : فلانه ان أريد من كونه مقتضياً كونه سبباً ناقصاً ، بحيث أن له مدخلية في ثبوت الخيار فمسلم، الا أنه يجتمع مع شرطية التعدد لان السبب الناقص يجتمع مع سائر الشرائط . وان اريد به السببية المطلقة والعلة التامة، فمحل منع

ومصادرة بالمطلوب .

وأما الخامس: فلانه التزام بعدم دلالة الخبر بالمطلوب فكيف يستدل بالخبر على ثبوت الخيار ؟ ! فان التمسك به ـ من باب تنقيح المناط أومن باب الحيثية ـ اعتراف بعدم الدلالة اللفظية ، مع أن المقصود من الوجه الخامس اثبات الدلالة وكون الخبر شاملا لصورة الاتحاد ، نعم يمكن التمسك بطريق آخر وهو العمدة في المقام والمعتمد لشيخنا العلامة الانصاري « قده » وان لم يصرح به ولكن أشار اليه تلويحاً وهو التمسك باطلاق قوله « اليعان » وصدقه على الواحد أيضاً وتقريب ذلك يتم ببيان مقدمتين :

« المقدمة الاولى » أن التثنية لاشك في دلالتها على الاثنين ولكن قد يدل عليهما بشرط انضمام أحدهما الى الاخر، ويسمى ذلك في ألسنة محققي المتأخرين بالارتباطي، وقد يدل عليهما لابشرط الانضمام بل يدل على كل واحد منهما استقلالا ويسمى بالاستقلالي .

مثال الاول : (رفعا الصخرة عن فم البئر) وكذلك في الجمع : (رفعوا الصخرة عن فم القليب) و(هزم بهما أو بهم الاعداء) أو غير ذلك مما هو كثير في الاستعمالات.

ومثال الثاني : (جاء زيدان ورأيتهما) وهكذا وحيث أن التثنية بحسب وضعها لاتدل على تعيين أحدهما بل قابلة لكليهما بنفسها، فان دل الدليل أو القرائن الداخلية والخارجية على تعيين خصوص الاستقلالي أو الارتباطي فيؤخذ به ،وان كان باعتبار مساعدة الامارة والغلبة عليه لكفايته في أمثال المقام وان لم تكن قرينة ولا أمارة ولاغلبة بل يحتمل كل منهما فنتوقف، فنعمل بمقتضى الاصول في الموارد الجزئية في مقام العمل .

وأما مانحن فيه ـ أعني قوله « البيعان » ـ انما هو من قبيل الثاني أعني على وجه الاستقلالي لامرين :

الاول : قيام الاجماع على أن ثبوت خيار المجلس للبائع والمشتري انما هو على سبيل الاستقلال فيثبت لكل واحد منهما مستقلا بدون اعتبار الهيئة الاجتماعية بداهة من الشرع وأهله ان كل من البائع والمشتري يجوز له الفسخ وان لم يرض الاخر به وكذلك له الامضاء وان لم يرض به الاخر ، فلايعتبر في خيار أحدهما انضمام الاخر به للاجماع بعدم اشتراط رضا أحدهما في خيار الاخر امضاءاً وفسخاً . كما هو واضح .

الثاني : ظهور تعدد الخيار بالنسبة الى البائع والمشتري ، فكما أن خيار المجلس حق ثابت للمشتري كذلك حق ثابت للبائع ، فعند تحقق البيع يحصل هنا حقان ، فحينئذ لابد من الالتزام بثبوتهما للبائع والمشتري على وجه الاستقلال والتعدد ، ضرورة أن تعدد الحق يستلزم تعدد محله . واعتبار انضمام أحدهما الى الاخر يخرج عن اعتبار تعدد الحقين، فان الحق الثابت للمشتري في خياره معناه: استقلاله بحقه واستيفائه وان لم يرض به الاخر كذلك في طرف البائع ، فلو كان اجتماعهما معتبراً في ثبوت ذلك الحق، بأن اجتمع كلاهما في الفسخ أو في الامضاء ليخرج عن تعدد الحق بل يصير حينئذ حقاً واحداً متعلقاً بهما ، فثبوت الحقين للشخصين المتخالفين في الرأي والميل النفساني لايكاد أن يحصل الا على سبيل الاستقلالي ، لانه اذا اختار أحدهما في الفسخ مثلا ولم يرض به الاخر أو بالعكس فان كان للاول حق حينئذ ونفوذ مع مخالفة الاخر فهذا عين الالتزام بالاستقلال وان لم يكن له ذلك الا برضا الاخر فهذا سلب حق الخيار عنه ، وهو خلاف الفرض والنص .

فان قلت : بأن الحق ثابت له بشرط رضا الاخر بأن يقال : للبائع الفسخ مع رضاء المشتري .

قلت: هذا خروج عن كونه حقاً للبائع بل ان هذا نظير مالو اجتمعا باختيارهما

ورضائهما على شيء واحد من الفسخ والامضاء وليس لذلك مزية ولاخصوصية يسمونه بخيار المجلس يدوم ثبوته بدوام المجلس وانتفائه بانقضائه ، بل تلك المرتبة ـ أعني اجتماعهما برضائهما على الفسخ والامضاء ـ ثابت لهما في كل حال وزمان ، سواء كان مجلس العقد أم مضى منه مدة طويلة كالاقالة ، بل هذه نفسها مضافاًالى أن اجتماعهما على شيء من الفسخ والامضاء برضائهما قليلة الوجود لكثرة اختلافهما في الرأي وجلب المنفعة الى أحدهما دون الاخر . فهذا فرد نادر فلايصلح لتنزيل مساق الاخبار عليه .

فتحصل من تلك المقدمة : أن التثنية حقيقة للمتعدد وان البيعان ثبت الحكم لهما على سبيل الاستقلال، فللبائع خيار مستقل مع قطع النظر عن المشتري وكذلك للمشتري .

« المقدمة الثانية » ان من المعلوم أن البائع غير المشتري وأنهما ضدان كالابيض والاسود وأن الضدين لايجتمعان ، فلايقال للاسود: أبيض ولاللابيض: أسود الا بالتصرفات العرفية والامضائات الشرعية ، فانه كثيراً مايطلقون الضدين ـ كالحركة والسكون ـ على موضوع واحد بتسامح من العرف وباعتبار تعدد الجهة ويقال لشيء واحد أبيض من جهة وأسود من جهة اخرى، كما أنه يقال : أبيض بالنسبة الى شيء وأسود بالنسبة الى شيء آخر، وكذلك الحركة والسكون. وكذلك البائع والمشتري ، فانهما مع كونها ضدين يجتمعان في موضوع واحد ويطلقونهما على شخص واحد كالوكيل من المالكين حيث باع بنفسه مال أحد الموكلين واشترى بنفسه من جانب الموكل الاخر ، فيقال على هذا الوكيل الواحد: بائع ومشتري في العرف والشرع ، فيجري عليه كل حكم ثابت للبائع لكونه بائعاً .

وكذلك كل حكم ثابت للمشتري ، فانه اذا ثبت حكم للبائع بان يقال : البائع حكم كذا وكذا ، كما أنه يقال : لابه من كونه بائعاً عاقلا ، فيؤخذ باطلاقه

فنحكم بثبوت هذا الحكم لمصداق البائع سواء كان واحداً أو متعدداً وسواء كان مشترياً أولا ، وكذلك في جانب المشتري فكل حكم ثابت للمشتري يسري الى جميع مصاديقه بمقتضى الاطلاق لان اعتبار انفراده بحيث لايصدق عليه عنوان آخر تقييد له ومنفي بالاطلاق .

وحيث ثبت ذلك نقول :

في الخبر المذكور انما ثبت الخيار للبيعان الذي يراد به البائع والمشتري، فقوله « البيعان بالخيار » بمنزلة أن يقال : « البائع مطلقاً بالخيار » ، أي سواء كان منفرداً أولا « والمشتري مطلقاً بالخيار » سواء كان منفرداً في هذا العنوان أو يصدق عليه عنوان آخر أيضاً ، فان كان العاقد واحداً ووكيلا مطلقاً أو مستقلا في التصرف كالاولياء ، يصدق عليه البائع والمشتري بحكم العرف وامضاء الشارع فالحكم الثابت لهما ثابت لهذا العاقد الوكيل أو الولي بمقتضى الاطلاق .

والحاصل : أن « البيعان » الذي هو موضوع الحكم مطلق ليس فيه قيد الانفراد، فيجوز حينئذ التمسك باطلاق « البيع » فنقول : ان حق الخيار ثابت له سواء كان وكيلا أو ولياً من الطرفين ويصدق عليه المشتري أيضاً كالعاقد الواحد من الطرفين أو لا كالعاقدين المنفردين .

فاحتمال أرادة الانفراد من «البيعان» مدفوع بالاطلاق ـ أعني اطلاق المادة ـ ولاينافي ذلك مع تعدد العنوانين ولاكون البيعان تثنية ، لانا نقول أيضاً : البيعان عبارة عن الاثنين وانه بائع ومشتري لعدم الفرق بين قوله « البيعان بالخيار » وبين « كل من البائع والمشتري بالخيار » وأن مقتضى اطلاق العنوانين عدم التفرقة بين تحققهما في شخصين منفردين أو تحققهما في شخص واحد فاحتمال كون الخيار لكل منهما بشرط انفراده حتى لايثبت الخيار مع قيام العنوانين في شخص واحد ، يدفعه الاطلاق كما هو واضح لاشبهة فيه .

ثم انه للتمسك بالنص طريق آخر كما صنعه في « الجواهر » وبعض فقهاء معاصريه ـ الشيخ علي « قـده » ـ وهو حمل التثنية على عموم المجاز وارادة الحقيقة من النفي في قوله « مالم يفترقا » فان ارادة السبب المطلق من النفي ارادة لمعناه الحقيقي .

فحاصل هذا الاستدلال يتوقف على مقدمتين :

أحدهما : أن التثنية وان كانت حقيقة للمتعدد الحقيقي ومجازاً في غيره بأن يراد منهما الواحد الحقيقي أو الاعم منه ومن المتعدد الحقيقي ، وحيث أن باب المجاز مفتوح مع مساعدة القرينة عليه ، فيراد من التثنية ـ أعني قوله « البيعان» ـ المعنى العام الشامل للمعنى الحقيقي والمعنى المجازي وهو مطلق المتعدد، سواء كان متعدداً حقيقياً أو حكمياً .

أما الحقيقي: كما اذا تعدد البائع والمشتري بأن باع شخص واشترى شخص آخر .

وأما الحكمي :كالوكيل العاقد الواحد اذا كان وكيلا منهما، فيقال: أنه بائع ومشتري فيكون في حكمهما .

فقوله « البيعان بالخيار » بمنزلة أن البائع والمشترى لهما الخيار والعاقد الواحد الذي بمنزله البائع والمشتري له الخيار ولاينافي ذلك مع قوله « ما لم يفترقا » بل ان أراد منه النفي الحقيقي الشامل بجميع أفراده يكون قرينة على ارادة العام القدر المشترك من التثنية .

وثانيهما: أن قوله « مالم يفترقا » حقيقة في نفي المادة ـ أعني الافتراق وهذا عام شامل لمورد كان الافتراق ممكناً كالمتعدد الحقيقي أولم يكن ممكناً كالمتعدد الحكمي، فانه لافرق في نفي الافتراق بينهما ،كما أنه يصح في المتعدد كذلك نفيه يصح في الواحد، فان نفي الافتراق أعم مما كان من شأنه الافتراق ومالم يكن من

شأنه الافتراق لعدم الفرق في نفي الافتراق بينهما ، فمقتضى حمل النفي على الحقيقة وارادة السلب المطلق مع ارادة عموم المجاز من البيعان، بأن يراد منه المتعدد سواء كان حقيقياً أوحكمياً ، بأن استعمل في القدر المشترك بين المعنى الحقيقي والمجازي كالامر اذا استعمل في القدر المشترك بين المعنى الحقيقي ـ أعني الوجوب ـ والمعنى المجازي ـ أعني الندب ـ من باب عموم المجاز وارادة مطلق الطلب منه يوجب اندراج المتعدد الحقيقي والمتحد الحقيقي الذي اذا كان في حكم المتعدد كالوكيل منهما في عموم قوله « البيعان » فيثبت الخيار لهما أيضاً بالنص .

قد ظهر لك أن الاستدلال بالنص المذكور بأحد الوجوه الاربعة انما ينفع المستدل مالم يدعي المانع قيام القرينة الصارفة عن عموم قوله « البيعان » وشموله للعاقد الوحد فلابد للمثبت رفع احتمال تلك القرينة، فقد يقال من طرف المانع: أنه لو سلمنا عموم « البيعان » للمتعدد والواحد فيجب رفع اليد عنه بقرينة قوله « مالم يفترقا » لظهور قوله « مالم يفترقا » في المتعدد لانه لايقال للواحد لم يفترق أو افترق .

وأجيب عن ذلك بوجوه :

(الاول) مافي « الجواهر » و « جامع المقاصد » بارادة السلب المطلق من النفي . ويقرر ذلك على وجهين :

أحدهما : أن سلب الافتراق قد يكون بانتفاء المحمول كما في صورة التعدد، فالمنفي انما هو باعتبار المحمول أعني الافتراق وقد يكون بانتفاء الموضوع كما لم يكن هناك متعدد كما في صورة العاقد الواحد، فنفي الافتراق حينئذ انما هو من جهة انتفاء موضوعه ـ أعني المتعدد ـ كنفي المجيء عن زيد من جهه عدم وجود زيد ، فيقال : « ماجاء زيد » لعدم وجوده الذي يستلزم عدم المجيء ، كذلك في

المقام، فصدق لم يفترقا في المتعدد انما هو لعدم الافتراق فقط وفي صورة عدم المتعدد انما هو من جهة عدم تحققه في الخارج المستلزم لعدم تحقق الافتراق أيضاً .

بعبارة أخرى: ان الافتراق عبارة عن انفكاك الموجودين وعدم اجتماعهما ، فنفي الانفكاك قديكون من جهة اجتماعهما وقديكون من جهة انتفائهما في الخارج فحينئذ تكون السالبة أعم من انتفاء المحمول، فيتوجه الايراد عليه : أن المقرر في محله مجازيته السالبة في انتفاء الموضوع فلا يصار الى ارادة الاعم من السالبة مهما أمكن .

وثانيهما : أن الافتراق أعم مماكان الافتراق ممكناً أولا، فنمع أرادة الملكية منه ـ أي ارادة خصوص نفي الافتراق ـ عمن شأنه ذلك في محل المنع، بل المراد من قوله « مالم يفترقا » نفي مطلق الافتراق، سواء كان ممن شأنه الافتراق كصورة المتعدد أو لم يكن شأنه ذلك كالواحد .

بعبارة أخرى: أن نفي الافتراق أعم مماكان الافتراق مقدوراً أو غير مقدور كنفي المجيء عن زيد في قولنا: « ماجاء زيد » مطلق فيعمّ صورة امكان المجيء منه وكونه مقدوراً له أويكون مستحيلا عليه للعجز، فطريق الايراد على هذا التقرير هو أن يقال بمنع ارادة الاعم من الافتراق لمنافاته معه بل الظاهر ارادة الملكية منه ـ أي عدم الافتراق عمن من شأنه ذلك ـ اذ الظاهر من مادة الافتراق مسبوقيتها للاجتماع .

(الثاني) مافي « الجواهر » أيضاً وهو بعد تسليم ظهور الافتراق في التعدد الا أنه «قده» قال : أمكن حينئذ القول بأنه لايقتضي تخصيص مورد الخيار به ، بل أقصاه السقوط بذلك فيمايحصل به من أفراده، فلاينافي مادل باطلاقه على ثبوت الخيار للبائع .. الخ .

حاصله : ان القيد حينئذ انماهو لبعض أفراد الموضوع ، فلاينافي ثبوت الحكم لتمام أفراد موضوعه ـ أعني قوله « البيعان » ـ حيث أن الخيار ثابت لجميع مصاديقه واحداً كان أومتعدداً لا أنه قيد للحكم ، ويضيّق دائرته ويقصّره فيماثبت ذلك القيد وذلك نظير قولنا «أكرم القوم ماركبوا» مع أن القوم بعضهم فارسين وبعضهم راجلين ليس لهم فرس ولامركوب .

فان قلنا: ان « ماركبوا » قيد للموضوع لايقتضي قصر الحكم لمورده بل وجوب الاكرام انمايتعلق بجميع أفرادالقوم سواءكانوا ذوي مركوب أم لا . وان قلنا : أنه قيد للحكم، يصير حاصله: قصر الحكم على القيد ونفيه عماعداه سواء كانوا راجلين أوراكبين ولكن ماركبوا. والاصل فى ذلك مايعنون فى الاصول : أن الضمير المتعقّب بالعام الراجع الى بعض أفراده كـ « بعولتهن » فى الاية الشريفة الراجعة الى بعض أفراد المطلقات يتربصن أعني من كانت رجعية منهن حيث أنها عام شامل للرجعيات وغيرهن هل يخصص ذلك العام أم لا ؟

والجواب المذكور انمايتم على مذهب من رأى فى تلك المسألة بعدم التخصيص وكذلك مبني على تعميم النزاع فى تلك الى قيد وصفة، فان العنوان وان كان خاصاً الا أنه يجري فى كل عام متعقب بالصفة والقيد فانحاله حال المتعقب بالضمير كماصرح به العلامة فى «التهذيب» على ماحكي عنه .

فان قلت : ان المحرّر فى تلك المسألة خروج الكلام الواحد عن مطرح نزاعهم كقوله تعالى « والمطلقات يتربّصن » اما لعدم شمول كلامهم كماذكره صاحب « الفصول » ان النزاع انماهو فيماذا استغنى العام عن الضمير أولعدم الثمرة كمارجحناه فى الاصول ، فان الضمير فى يتربصن ـ سواء قلنا بتخصيصه وعدمه ـ مقصور على مورد الحكم ـ أعني وجوب التربص ـ بل انما النزاع فى متعدد الكلام. ولاريب أن قوله «البيعان بالخيار مالم يفترقا »كلام واحد لان

قوله «مالم يفترقا» ليس كلاماً مستقلاكقوله تعالى «وبعولتهن أحق بردهن» بل انوا من التوابع والقيود .

قلت: وان خصصنا النزاع على كلامين مستقلين الا أن مناطه يجرى فى أمثال المقام فيماتعدد الحكم ، فان قوله « مالم يفترقا » وانكان غاية لماسبق وان الغاية انماتتم بذيها الا انه مشتمل على الحكمين، فـ«البيعان بالخيار» مسوق لبيان ثبوت الخيار لهما و « مالم يفترقا » مسوق لبيان دوام الخيار بعدم الافتراق وسقوطه بالافتراق، فالعبرة انماهو على تعدد الحكم ووحدته، فمن جهة اشتمال الكلامين على تعدد الحكم والكلام الواحد على الحكم غالباً عبّروا عن تعدد الحكم بالكلامين وأخرجوا الكلام الواحد لاشتماله على الحكم عن محل نزاعهم .

وكيف كان، الجواب المذكور حسن على القول بعدم تخصيص العام المتعقب بالقيد فديتم عند من ذهب بالتخصيص .

(الثالث) مافي «الجواهر» أيضاً وذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » : بأن القيد مبني على الغالب ولايصير مخصصاً للبيّعان على بعض أفراده على صورة التعدد حتى يكون العاقد الواحد خارجاً عن اطلاقه، فان القيود اذا وردت مورد الغالب ليس لها مفهوم كماهومسلم عندهم وذكروه ارسال المسلّمات ممثلا لها قوله تعالى «وربائبكم اللاتي فى حجوركم» فانه لاينفي الحكم عن الربائب التي ليست فى الحجور .

وينبغي لهم أن يضموا الى قولهم : ـ بعدم المفهوم فى القيد الوارد مورد الغالب ـ عدم المنطوق له أيضاً، لان المقصود هو ترتب الحكم على طبيعة المقيد من دون اعتبار انضمام القيد فان الحكم انما يترتب على الربائب سواء كانت فى الحجور أم لا. فمقتضى عدم المفهوم للقيد كونه عماعدا المنطوق ساكتاً مع أن المقصود ترتبه عماعداه أيضاً .

فالحاصل: أن القيد الوارد مورد الغالب وجوده كعدمه ليس مؤثراً في الحكم لا وجوداً ولاعدماً ، بمعنى «لا» في جانب المنطوق و«لا» في جانب المفهوم بل انما ذكر القيد لانه غالب الوجود .

أقول: في ذلك مالايخفى، فان القيد اذاكان ليس في ذكره أثر ولا ثمرة في بيان الحكم يكون ذكره في كلام المتكلم لغواً زائداً . نعم، لوكان فيه اهتمام أو تبرك أوتلذذ وغيرذلك من المزايا المذكورة التي توجب انتفاء المفهوم لكان في ذكره وجه، وأمااذا لم تكن في ذكر القيد جهة من تلك الوجوه ولا الدلالة على المفهوم الا مجرد كونه وارداً مورد الغالب يكون ذكره حينئذ مستدركاً كوضع الحجر بجنب الانسان لتمامية غرض المتكلم بدون ذكره ، بل يكون مقصود المتكلم من اقتصار الحكم على طبيعة المقيد حاصلا فليس في ذكر القيد اهتمام ولاتبرك حتى يوجب لذكره ، وكونه وارد مورد الغالب لايكون باعثاً لذكره وبيانه كماهو واضح لمن تأمل وان صدر منهم جلّا أوكلا : ان القيد الوارد مورد الغالب موجب لالغاء المفهوم، الا أن كونه موجباً لذكره لايكاد أن يذكر له وجه صحيح .

قال في «الجواهر»: لامناص بعد القول بثبوته عن القول بعدم سقوطه في المتأخر عن مجلس العقد، بل ذلك هو المشهور .

وقال المصنف : ولوكان العاقد واحداً عن اثنين كالاب والجد ،كان الخيار ثابتاً مالم يشترط سقوطه أويلتزم به عنهما بعد العقد، بل في «الجواهر»: لم يظهر فيه خلاف منهم، نعم عن «المبسوط» كالمتن حكايته، فالقول بسقوطه بمفارقة المجلس الذي عقد فيه، ذكره المصنف حكاية والشهيد احتمالا على بعد، نعم عن الصيمري اعتماداً .

وكيف كان يدل على الثبوت: منطوق قوله «مالم يفترقا» بناءاً على عدم صدق

الافتراق في الواحد وارادة الملكة منه ومفهوم قوله « فان افترقا » أوجب البيع واستدل في «الجواهر» بالاستصحاب وعدم مايدل على تنزيله منزلة افتراقهما .

ولكن يستدل على السقوط بوجوه لفقّتها في «الجواهر »كلها ضعيفة :

منها: لزوم الضرر في بقاء الخيار .

فيه : ان الضرر انمايلزم على قول الشيخ من عدم حصول الملك في زمن الخيار أو علـى القول بالحصول مع الحجر عن التصرفـات ، وكلاهما خلاف المشهور مضافاً الى اندفاع الضرر باشتراط الفسخ والسقوط، والا أقدم بنفسه مع العلم به .

ومنها: أن الاصيلين اذا فارقا مجلس العقد سقط الخيار وكذا وكيلهما، لئلا يلزم مخالفة الفرع للاصل .

فيه: أن المسقط ليس هوالمفارقة عن مجلس العقد ، بل لابد معه من افتراق البدنين وهو منتف في الفرع .

ومنها: اطلاق كلماتهم على جواز بيع الوكيل ماله من موكله وجواز بيع مال موكله من نفسه كاطلاق الادلة على نفوذ فعل الوكيل ، فلودام الخيار وجب التفصيل والتقييد بماكان فيه الغبطة، حيث ان تصرفات الوكيل موقوفة على الغبطة فلاغبطة كثيراً مع دوام الخيار .

فيه: أن الاطلاق ليس مسوقاً لبيان هذا بل تركوه لوضوح اشتراط تصرفات الوكيل على الغبطة فان وجد مع الدوام فيها والا بطل .

مسألة

في مستثنيات خيار المجلس

يستثنى من ثبوت خيار المجلس موارد وقد ذكروا بعضها وتركوا منها

لوضوحه فمنها: بيع الطعام في المخمصة، فلاخيار فيه لاستلزامه نقض الغرض، فان البيع واجب لحفظ النفس المحترمة ، فلوفسخ واسترد الطعام لما يحصل المقصود من البيع .

فيه : أن الواجب انماهو سدّ جوعه والبيع يصير مسقطاً عنه، فللبائع أن يفسخ ويسد جوعه بعنوان العطية أوغيرها أويقال: له أن يفسخ هذه المعاملة لقلة ثمنه مثلا ثم يبيعه بأكثر من الثمن الاول .

ومنها : بيع المحتكر الطعام عند حاجة الناس ، حيث يجب عليه بعد ثلاثة أيام ـ في الغلاء ـ والاربعين ـ في الرخاء ـ ، بل لوامتنع يجبر عليه الحاكم ، فلوباع ثم فسخ لكان نقضاً للغرض .

فيه : أن الواجب عليه ارسال الطعام حيث يحرم عليه حبسه، فالبائع اذا أوجد البيع من شخص بثمن مخصوص فسخه ثم يبيعه بثمن آخر أويبيع لشخص آخر.

ومنها: بيع عبد كافر لكافر اذا أسلم، فالواجب بعد اسلام العبد بيعه لمسلم لعدم جواز كونه في ملك الكافر لان كونه في ملكه سبيل له عليه و « لن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا » .

وقد يورد على هذا : بأن السبيل هو أدامته في ملكه ، فللكافر أن يفسخ ثم يبيع لمسلم آخر، فان الممتنع هو الاستدامة وثبوت الخيار له وجواز فسخه في المعاملة الشخصية مع تعقبه للبيع الاخر لاينافي الاستدامة التي هي منفية عن الكافر ، فالاولى أن يقال : أنه تتعارض أدلة نفي السبيل مع أدلة الخيار ، فيكون المرجع أصالة اللزوم .

أقول: هذا ماذكره شيخنا الاستاذ « دام ظله » في مجلس البحث، ولكنه كما ترى . أما الفقرة الاولى:ـ أعني جواز فسخ الكافر مع تعقبه للبيع لمسلم آخر ـ فهو أيضاً منفي بنفي السبيل ، بل هذا أولى من أول الامر من الاجبار على البيع

وأخراجه عن ملكه ، فاذاكان البقاء في ملكه سبيلا له عليه فيجبر على البيع، لكان القول بالسبيل في ادخاله في ملكه أولى لانه سلطنة جديدة فلايجوز حينئذله الفسخ لاستلزامه دخول المسلم في ملك الكافر، فالقول بثبوت الخيارله سلطنة وسبيل له على المسلم ، فهو منفي.

وأما الفقرة الثانية : فلعدم مقاومة أدلة الخيار مع أدلة نفي السبيل ، اذ أدلة نفي السبيل مسوقة للامتنان وآبية عن التخصيص فتكون مقدمة على سائر الادلة التي ليست بتلك المثابة والسوق .

ومنها : بيع من ينعتق بمجرد الشراء . فيه وجوه بل أقوال :

الاول : ماذهب المشهور اليه من عدم الخيار مطلقاً والمحكي عن ظاهر « المسالك » انه محل وفاق وعن « التذكرة » مايقرب لذلك .

الثاني: ثبوته مطلقاً . ولم نعثرله قولا الأن في« الحدائق » التوقف في سقوط الخيار .

الثالث : التفصيل بين البائع والمشتري، فلاخيار للثاني دون الاول . نسب ذلك الى « الدروس » .

الرابع : التفصيل بين العين والقيمة ، فلاخيار في العين مطلقاً دون القيمة، فالاولى أن نتكلم تارة في العين وأخرى في القيمة ، أمافي العين : فالدليل على اللزوم وفاقاً للمشهور أن المقتضيله موجود من الاصل والعمومات والمانع عنه ليس الا أدلة الخيار، فهي لاتصلح للمانعية . ولايثبت الخيار في المقام لوجوه :

« أحدها » : تعارضها مع مادل على العتق، فهو امامقدم عليها أويتكافأ فيرجع الى أصالة اللزوم المؤسسة في المسألة .

وتوضيح ذلك : أنه لا شك في دلالة الادلة الدالة على العتق بمجرد الملك ـ كما في الصحيح ـ فيمن ينعتق من الرجال والنساء أنهم اذا ملكوا اعتقوا وأنهن

اذا ملكن اعتقن، وغير ذلك مما لامجال للارتياب، فتصور حينئذ في العتق حالات ثلاثة :

أحدها : اللزوم بمعنى أن العتق لايصح متزلزلا وان الحر لايعود رقاً .

ثانيها : الجواز بمعنى التزلزل في العتق لعدم استقراره ، فيجتمع مع عوده رقاً .

ثالثها : الشك بأن العتق في زمان الخيار هل هو على سبيل اللزوم أو على سبيل التزلزل، فالمعارضة بين أدلة الخيار وأدلة الانعتاق من باب العموم من وجه لولم يكن الدليل على حصول العتق بمجرد البيع والا تصير معه أخص مطلق ، فتقدم على أدلة الخيار قطعاً .

فمفاد أدلة الخيار حصوله في البيع، سواء كان بيع من ينعتق أم لا، ومفاد أدلة العتق انعتاقه بالملك سواء كان بالبيع أوغيره والقاعدة في التعارض ـ لولا الترجيح ـ التساقط والرجوع الى الاصل في المسألة .

فنقول: ان قلنا بأن العتق لايقع متزلزلا وأن أدلة العتق كلها مفادها هو العتق المستقر بحيث لايعود رقاً ، اما بنفسها أوعلم ذلك من دليل خارجي كما هو الاقوى ، فتتعارض أدلة الخيار مع أدلة العتق .

فقد يقال : الترجيح مع أدلة العتق لبنائه على التغليب وكونها أنص من أدلة الخيار بالنسبة في ذلك المورد ولاعتضادها بالشهرة ولكن مع الغض عن تلك المرجحات وان كان بعضها ليس بصحيح عندنا وهو جابرية الشهرة الفتوائية واعتضاد الدليل بها كما هو الحال في المقام ، وانما نقول بالاعتضاد في الشهرة اذا كانت في الرواية ، نقول في المقام لاأقل من التكافؤ والتعارض فتتساقطان فيرجع الى الاصل في المسألة ، وهو ـ كما أسلفنا ـ أصالة اللزوم .

نعم ، على الاحتمال الثاني ـ أعني ما اذا علم أن العتق انما هو متزلزل قطعاً

في المقام بحسب دلالة أدلته ـ فلاتعارض حينئذ بينهما ، اذ أدلة العتق على هـذا الاحتمال لاتدل الاعلى انعتاقه متزلزلا بحيث يقبل للعود الى الرقية ، فهي لاتنافي أدلة الخيار وثبوت السلطنة في الاسترجاع، ولكن الكلام في المبنى، لعدم العلم بأن العتق انما يقع متزلزلا .

واما على الاحتمال الثالث فيتعارضان مع ضميمة الاصل الموضوعي، أعني استصحاب الحرية وعدم عوده رقاً، فمفاد أدلة الخيار جـواز استرجاعه ، ومفاد أدلة العتق انما هو حصول العتق والحرية ، ولكنانشك في أنه على سبيل اللزوم حتى يحصل التعارض ، أوعلى سبيل التزلزل حتى لاينافي أدلة الخيار.

فمقتضى استصحاب الحريـة ترتيب آثاره والبناء على اللـزوم وتنزيل تلك الادلةـ مع الشكـ منزلة العلمباللزومكالصورة الاولى، فمع ملاحظة ذلكالاصل يحصل التعارض ويرجع الى أصالة اللزوم .

هذا ما أفاده شيخنا الاستاد « دام ظله » ، وقد أورد على ذلك : أن الاصـل محكومفيمقابل أدلة الخيار، لانها تدل علىثبوت الخيار والسلطنة علىفسخالعقد واسترجاع العين ودخولها فيملك البائع، ولازم ذلكعدم دوام الحرية وارتفاع الشك في بقائه .

أقول: مع الشك في تزازل العتق أيضاً تسقط أدلة الخيار عن الاستدلالبها على ثبوته ، فان أدلة الخيار انما تدل على الفسخ واسترجاع العين حيث أمكن، بمعنى أنها مشروطة بقابلية المحل، بأن يكون المبيع قابلا للتملك ، وأدلة العتق وانكانت لاتدل الاعلى حصول العتق بمجرد البيع والتملك ، الأنا شككنا فيأنه هل هو على وجه اللزوم بحيث لـم يكن قابلا للتملك بعد بالاسترجاع ولاتزول الحرية ولا يعـود الى الرق ، أو على وجه التزلزل بحيث يكون قابـلا للتملك والاسترجاع .

فعلى الاول لاسبيل الى الخيار واسترجاع العين بفسخ العقد . وعلى الثاني يجتمع مع الخيار ، فمع الشك فيهما واحتمال كليهما لايتعين الحكم بالخيار بالادلة الدالة على ثبوت الخيار، لان الشك في تلك المبايعة الشخصية انما هوفي قابليتها للخيار فلابدمن الرجوع الى الاصل أيضاً .

فالحاصل مع العلم بلزوم العتق وأن الحر لايعود رقاً يحصل التعارض بين أدلة الطرفين، فلسان أدلة الخيار تخصيص المورد، أعني شراء من ينعتق عما اذا ملكوا انعتقوا فلايقع العتق حتى يلزم، ولسان أدلة العتق تخصيص المورد عن أدلة الخيار ، فبعد التكافؤ يرجع الى أصل اللزوم ومع العلم بتزلزله لاتعارض بينهما فيصير المرجع والمحكم أدلة الخيار وأما مع الشك فلامسرح أيضاً لادلة الخيار اما للتعارض أو لعدم احراز القابلية فلابد أيضاً من الرجوع الى الاصل في المسألة .

« وثانيها » سقوط الخيار بقاعدة الاقدام ، فان بيعه ممن ينعتق عليه ، اقدام على اتلافه واخراجه عن المالية . وكذلك من جانب المشتري أيضاً، فان شرائه مع العلم بانعتاقه عليه اقدام على اتلافه واخراجه عن المالية .

فيه : أن الاقدام على اتلافه لايدل على الالتزام بالعقد حتى يسقط الخيار ، حيث أن الاقدام بنفسه ليس من المسقطات، ودلالته على أحد المسقطات في ذلك الخيار محل منع وخدشة، فانه لو دل انما يدل على الرضا بالمعاملة والالتزام بها كماذكره المورد، ولكنه كما ترى، لان الاقدام على الانعتاق ليس التزاماً بالعقد من حيث المعاملة ولارضاءاً وتوطيناً على العين من حيث المعاملة، فان المقصود من الخيار أن ينظر ويتروّي لدفع الغبن عن نفسه .

أقول : ونزيد على ذلك أن كون الاقدام انما ينفع جريان أدلة الخيار اذا قلنا بكون العتق لايقع الا على وجه الاستقرار واللزوم بحيث لايمكن عوده رقاً، وهو أول الدعوى، ولو ثبت لاحاجة الى التمسك بالاقدام لكفايته حينئذ في سقوط

الخيار بعد البناء على حصول الانعتاق .

وأما اذا قلنا بالتزلزل أو احتملناه ، فلم يكن البيع حينئذ اقداماً على التلف ، والحاصل ، أنه حسن على هذا المبنى ، فمع الشك في اللزوم لايجري الا مع الاصل الموضوعي، أعني استصحاب الحرية (فتأمل) مضافاً الى أنه انما يتحقق مع علمها .

« وثالثها » : أنه كما سيجيء أن من المسقطات التصرف ، فشراء من ينعتق عليه اما تصرف فيه أو اتلاف له ، فعدم ثبوت الخيار بالاتلاف أولى بالنسبة الى التصرف .

فيه: ان المسقط انما هو التصرف في المبيع أو اتلافه، ففي الفرض المذكور لم يتحقق عنوان المبيع ولا التصرف فيه أو الاتلاف له ، بل انما يحصل العتق بمجرد البيع .

ولكن يندفع ذلك بكفاية حصوله آناً ما ، بل تقدمه طبعاً وان لم نقل زماناً يكفي في صدق عنوان تصرف المبيع واتلافه مضافاً الى جريان المناط في كون التصرف والاتلاف مسقطاً ، فان الملاك فيه انما هو الالتزام بالعقد ، فمتى حصل التصرف فى المبيع يكشف عن الالتزام بالعقد فيسقط الخيار، وكذلك هنا، بأن نقول: شراء من ينعتق عليه يكشف عن الالتزام بالعقد وان لم نقل بتحقق عنوان تصرف المبيع فيسقط حينئذ الخيار .

ومنه يظهر وجه التفصيل بين البائع والمشتري ، بل ذلك ـ أعني الوجه الاخير ـ هو المعتمد في محتمل «الدروس»، حيث أن التصرف والاتلاف انما هو في جانب المشتري، فالخروج عن المالية انما هو مستند اليه فيسقط الخيار، وأما بالنسبة الى البائع فلا، فيبقى له الخيار ، فان يمكن استرجاع العين فبها والا فيتعلق حقه بالقيمة .

هذا كله بالنسبة الى العين ، فقدعرفت سقوط الخيار لتعارض أدلة الطرفين والرجوع الى أصل اللزوم ، مضافاً الى أن أخبار العتق هي المعمول بها عند الاصحاب وكفاية الوجهين الاخيرين فى سقوط الخيار فتسقط أدلة الخيار عن الاعتبار .

وأما بالنسبة الى أخذ القيمة فلامنافاة ولامانع بالنسبة اليه، بل قد يقال أنه هو مقتضى الجمع بين أدلة الخيار وأدلة العتق فحينئذ يفرض المنعتق كالتالف لمادل الدليل من الاجماع وغيره على أن الحر لايعود رقاً، فيستحق البائع قيمته ولكن قد يقال : أن القيمة بدل العين فيمتنع استحقاق البدل بدون استحقاق المبدل .

ومنها: مالو باع حربي حربياً ممن ينعتق عليه، فهل يجري فيه خيار المجلس كسائر أحكامه؟ فيه اشكال من جهة الرد فى صحة البيع وعدمه، بمعنى أنه هل شراء المسلم له منه على وجه الاستنقاذ حتى لايجري فيه الخيار ، أو على وجه البيع فيثبت فيه الخيار ؟

قال العلامة «قده» فى كتاب بيع الحيوان والاناسي: وكل حربي قهر حربياً فباعه صح ـ وان كان أخاه أو زوجته أو من ينعتق عليه كابنته وبنيه وأبويه ـ على اشكال ينشأ من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض ودوام القرابة الرافعة للملك بالقهر .

والتحقيق: صرف الشراء الى الاستنقاذ وثبوت الملك للمشتري بالتسليط ، ففي لحوق أحكام البيع حينئذ نظر، الخ.

والاشكال فى صحة البيع تزاحم سبب الملك مع سبب العتق ، فالقرابة تقتضي كونه منعتقاً على الحربي ، وقهره عليه يقتضي كونه مملوكاً له فمقتضيهما دائم كما اذا أوقع العقد الوكيلان فى آن واحد فى مال مخصوص للموكل ،

فمقتضى تعارض السببين سقوطهما مع التكافؤ ولا كلام فيه ؛ وانما الكلام هنا في أنه هل السببين متكافئان أم لا ؟ بل لاحدهما ترجيح على الآخر ؟ فان قلنا الترجيح فى جانب الملك فنتيجته الصحة ، وان قلنا أن الترجيح فى جانب العتق فنتيجته أن يكون الشراء للاستنقاذ، فلاتجري عليه حينئذ أحكام البيع قطعاً .

والكلام يقع هنا تارة في ترجيح سبب الملك على سبب العتق، وأخرى في أصل سببية الملك بمعنى ان قهر الحربي حربياً ـ وان كان ممن ينعتق عليه ـ هل هو من أسباب الملك أم لا ؟

أما الكلام فى ثبوت سبب القهر من الكافر الحربي على مثله للملك، فقد يستدل عليه بالاجماع على كون الاستيلاء من بعضهم على بعض مملّك كاستيلاء المسلم ، وبالنصوص الواردة فى القهر عليهم .

منها : اطلاق ماقال رفاعة ـ في الصحيح ـ لابي الحسن عليه السلام : أن القوم يغزون على الصقالبة والروم، فيسرقون أولادهم من الجواري والغلمان فيعمدون الى الغلمان فيخصونهم ثم يبعثون بهم الى بغداد الى التجار، فماترى في شرائهم ونحن نعلم أنهم قد سرقوا وانما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم ؟ فقال عليه السلام : لابأس بشرائهم ، انما أخرجوا من الشرك الى دار الاسلام. فترك الاستفصال يعم الحربي وغيره، وكون المقهور ممن ينعتق على الحربي أم لا ، مضافاً الى عموم السؤال وشمول القوم على الحربي وغيره .

ومنها: صراحة رواية اللحام، حيث سأل أباعبدالله عليه السلام عن رجل يشتري من أهل الشرك ابنته يتخذها ؟ قال: لابأس .

ومنها: اطلاق خبر ابراهيم بن عبدالحميد عنه عليه السلام أيضاً في شراء الروميات فقال: اشترهن وبعهن .

وخبر عبدالله اللحام، سأل أيضاً عليه السلام عن رجل اشترى امرأة رجل من أهل

الشرك يتفخذها ؟ فقال: لابأس .

قد يشكل ذلك وفاقاً لمافي « الجواهر » لوانحصر الدليل على ذلك، أما الاجماع فالمعلوم منه منقول لايصلح للاعتماد في أمثال المقام التي يجب الرجوع فيها الى أصالة الحرية وعدم ملك الناس بعضهم بعضاً. والمحصّل منه غيرمعلوم وأما النصوص: فمحتملة لارادة التسلط العرفي من الشراء فيها، كماقال في «الجواهر» مضافاً الى ارادة المخالفين من ملوك أهل الجور من القوم في الرواية الاولى ، كماهو ظاهر عند التأمل في متن الرواية من الشواهد على ذلك من البعث الى بغداد وقوله: ونحن نعلم أنهم قد سرقوا ، وانما أغاروا عليهم من غير حرب كانت بينهم .

نعم في رواية اللحام صراحة في أن قهر الحربي ابنته سبب لملكه، الا أن القرينة الفعلية على خلافه وهي كماستظهرلك، لتزاحم السببين - أعني سبب الملك وسبب العتق - فيجب حمل الشراء على التسلط العرفي ، خلافاً لماحكي عن صاحب « الحدائق » حيث جعل الرواية المزبورة مخصصة للادلة الدالة على انعتاق من ينعتق عليه وعدم كون القرابة المخصوصة سبباً للعتق فيما كاناحربيين.

وكيف كان فلو تم الاجماع على سببية القهر للملك، سواء كان للمسلم والكافر وسواء كان على القريب - كالابوين والابن والبنت - أوعلى غيره، كماهو المحكي عن صاحب «كشف الغطاء» بأن الاجماع بقسميه ثابت، فهو، وتنزل عليه الروايات أيضاً وتنطبق عليه رواية اللحام ، وهو غير بعيد كماهو المشهور ، الا أنه قال في «الجواهر» ومع ذلك لايخلو عن اشكال كمافي «الجواهر» .

أما الكلام في الصريح - أعني ترجيح أحد السببين على الاخر - حيث سلمنا قهر الحربي قريبه من أسباب الملك فيتعارض حينئذ مع سببية القرابة المخصوصة

للعتق ، ففي من ينعتق عليه القرابة رافعة للملك ، والقهر سبب له ودوام القهر يقتضي الملكية ومانع عن العتق ومبطل له لوفرض، فلااشكال في أنه لولاالترجيح في تزاحم السببين كتزاحم الحقين، مقتضى القاعدة السقوط الاأنه يمكن ترجيح أحد الطرفين، فقديقال: الترجيح فيجانب العتق لوجهين :

الاول: أن سببية الملك مهملة ، فيعمل مقتضى العتق عمله ،كمايستفاد من « جامع المقاصد » بأن يقال : القهر يقتضي ملك غير المملوك فلا يعقل كونه مقتضياً لملك المملوك فسببية القهر انما هو في غيرالمملوك، وأما في المملوك مهملة لاتأثير لها فعلا. وأمامقتضى العتق فيعمل عمله لقبول محله فعلا .

والحاصل : أن في القهر أثراً في الان الاول ولاأثر له في الان الثاني لعدم تأثيره في المملوك فهو حينئذ مهمل ، بخلاف مقتضى العتق فانه يعمل عليهفيصير حراً .

فيه : يستفاد ممافي « جامع المقاصد » أيضاً أن سبب الملك يؤثر أثرهأيضاً فيعود الى الملك ، غاية الامر أنه ملك ظاهري بسبب مستقل ، والقرابة التي هي سبب العتق ليست مانعة عنه ، بل انما تمنع عن دوام الملك لاابتداءاً ، فلوكانت مانعة عن ابتداء الملك أيضاً لامتنع دخول القريب في الملك المقتضي لانعتاقه .

الثاني : ماذكره في « الجواهر » بمنع استواء السببين باعتبار تقدم القرابة على القهر الذي هو سبب الملك ، لان القرابة الحاصلة بانعقاد النطفة لاريب في كونها قبل القهر .

فيه : مالايخفى اذ تقدم القرابة بانعقاد النطفة لايوجب مزاحمة سبب الملك فضلا عن تقدمه عليه وكونه أقوى منه بداهة أنه مع تحقق القرابة وتقدمه ويؤثر سبب الملك أثره لما ذكرنا من أن القرابة لا تمنع عن الملكية . نعم ، انما تمنع عن دوامه لولم يبتل بالمزاحم والمعارض وقد يستدل على ترجيح سبب

الملك بوجوه :

أولها : مافي « الجواهر » من بقاء الملك ، لانه ان قلنا بتوقف العتق على تقدم الملك ، زماناً ، فليس لان لكل زمان يقارنه سبب الملك فلم يزل مملوكاً عتيقاً ، وان قلنا بتوقفه عليه ، والتقدم الذاتي فممنوع لانه كفرسي رهان .

وثانيها : مافيه أيضاً من التمسك بقوله « ألزموهم بما التزموا به » فعدم جواز التملك عندنا غير قادح في جواز الاخذ الزاماً بمذهبهم ، حيث أن مذهبهم : ان قهرهم لقريبهم يوجب الملكية والشراء ولاينعتق عليهم على مذهبهم ، فمقتضى « الالتزام بما التزموا » تقديم جانب الملك وجواز الشراء منهم .

وثالثها : أن القهر لما كان دائمياً وليس مشروطاً في تأثيره بشيء ، امتنع حصول العتق ، فدوام القهر يمنع من الخروج عن الملكية . بعبارة أخرى : أن سبب العتق مشروط بالملكية لانه لايؤثرالا مع حصول الملك وسبب الملك مطلق والمشروط لايعارض مع المطلق لاقوائيته .

والتحقيق في الجواب عن الترجيحين أن يقال: أما عن الترجيح الاول الذي ذكر في طرف العتق بوجوه :

«أولها » بأنها مصادرة محضة ، لان تأثير سبب الملك في الان الاول الملكية حتى يكون المحل قابلا لاعمال مقتضى العتق عمله، أول الكلام ، لاننا نمنع تأثير قهر الحربي قريبه الملكية من أول الامر لابتلائه بالمعارض .

فان قلت : ان سبب العتق لامعارض له ولانمنع عن تأثيره من أول الامر بل انما نمنع عن دوامه ، بل هو من شرائط العتق ، فتأثير سبب العتق موقوف على حصول الملكية ، وأما تأثير سبب الملك لاتوقف له وليس بمشروط على شيء فيؤثر أثره في الان الاول من دون التزاحم والتمانع .

قلت : سيظهر لك عند ذكر الجواب عن ترجيح الملك أنه لايؤثر سبب

الملك حتى في الان الاول ، فانتظر .

« وثانيها » أنه معكوس عليه بأن يقال بعد اعمال المقتضي للعتق أثره ، فلا أثر له بعده لانه لاعتق عقيب العتق ، فيصير في الان الثاني مهملا ، فيعمل حينئذ سبب الملك عمله أيضاً ، اذ المفروض دوامه وبقائه ، بعبارة أن قريب الحربي اذا كان مثلـه ، يقبل في الان الاول للتملك فقهره ، فعمل سبب العتق عمله بعد القهر لقبول محله ، فصار كالاول من الحربي المباح الـذي يجوز تملكه ، فيقبل حينئذ لتأثر سبب الملك ولايصل في ذلك لتأثير سبب القرابة، فيصير سبب العتق مهملة على عكس ماذكره .

« وثالثها » أن سبب الملك لاتأثير لـه في الان الثاني في احداث الملكية ، لان بعد حصول الملك لايؤثر سببه في المملوك ، الا أنا نقول : له تأثير في ابقائه فدوام السبب يـوجب دوام المسبب فيكفي في تزاحمه مع سبب العتق في الان الثاني ، اذ المفروض أن القهر في كل آن ثابت، فكما يكون علة لاحداثه كذلك يكون علة لابقائه ، فهو في الان الاول علـة محدثة وفي الان الثاني علة مبقية فلا يصير في الان مهملة ولايتوجه على هذا قوله: أنه لايتعقل كون القهر في الان الثاني مقتضياً لملك المملوك فيكون مهملة ويعمل مقتضى العتق عمله لمنع اهمالـه في الان الثاني بل انما هو يؤثر في بقاء الملك، فيتعارض حينئذ مع سبب العتق في التأثير في الان الواحد ، فلايترجح جانب العتق ، كما هو الحال في تعارض السببين .

« ورابعها » أنا نقول : كل مـن السببين يؤثر أثـر الجديد ، فسبب الملك يحدث في الان الاول الملكية فيقبل المحل لتأثير سبب العتق فحدث العتق ، ثـم أيضاً يعود الى الملك ويحدث الملكية الجديدة لغرض دوام سببه ، ثم بعد حدوث الملك يحدث القرابة العتق فيتلاحق كل منهما على الاخر فيتسلسل ، فيكون كل منهما متزلزلا بمعنى أنه يتقدم بعد وجوده ويحدث بعد انعدامه .

فان قلت : لازم ذلك عدم ثبوت الملكية المستقرة للحربي في قريبه ، فيبطل بيع الحربي قريبه لعدم الملكية الثابتة ، بل لوسلم انما هو ملكية متزلزلة ، فيكفي ذلك على المستدل .

قلت : أنالسنا في مقام بطلان بيعه وصحته في هذا المقام بل انما الكلام هنا في ترجيح سبب العتق على سبب الملكية فهو لم يثبت بماذكره ، وهو المطلوب هنا، وأما صحة بيعه سنذكر لك ان فيه قولين، فانتظر، والترجيح بينهما و كذلك الوجه الثاني الذي ذكر في « الجواهر » مدفوع بأن القرابة السابقة المتحققة قبل سبب الملكية لا تأثير له ولا سببية معه ومع حصوله يقع التعارض والتزاحم في التأثير .

وأماعن الترجيح الذي ذكره في« الجواهر » لبقاء الملك، حاصله : أن تأثير سبب العتق يتوقف على الملك لبداهة أن القرابة الخالية عن الملك لايؤثر شيء من العتق، ومن المعلوم أن الموقوف عليه لابد من تقدمه امازماناً أو ذاتاً وطبعاً ، و كلاهما منتف، أماالاول: فلوضوح عدم تقدمه على سبب العتق، وأماالثاني: فلانهما كفرسي رهان ليس أحدهما مقدماً على الاخر بحسب الذات كتقدم العلة على المعلول، فانهما وان لم يتقدم وجود أحدهما على الاخر ولو آناًما، الا أن العلة مع ذلك مقدمة على المعلول بحسب الذات .

وفيه مالايخفى لان ذلك ينتج خلاف المقصود ، اذ الغرض اثبات الملكية وبقائه وترجيحه على العتق ومقتضى ذلك عدم ثبوته لانتفاء الملكية قبل العتق ، زماناً وذاتاً على ماسلكه ، ومع ذلك من أين تحصل الملكية ، اذبعد فرض كونهما كفرسي رهان لايتقدم تأثير أحدهما على الاخر، وحيث أنهما متنافيان في التأثير فكل منهما يمنع عن تأثير الاخر، بل هو تسليم بأنه من قبيل تزاحم الاسباب ، ومع ذلك فكيف يمكن ترجيح بقاء الملك وتأثير سببه .

لايقال : أن تأثير سبب العتق مشروط على حصول الملك ، فمالم يحصل الشرط لم يحصل المشروط ، فيكون تأثيره موقوفاً بخلاف سبب الملك فانه ليس مشروطاً بشيء فيؤثر فيحصل الملك ويبقى ببقائه ، فيكون الترجيح معه لتقدم الشرط على المشروط ذاتاً .

لانا نقول : في كل حين من أحيان الشرط يقارنه سبب العتق الذي هو المشروط فكل من الشرط والمشروط حيث كانا مفارقين ومتنافيين في الاخر لايتعقل تأثيرهما لوقوع التزاحم والتعارض، ضرورة أنه لايحصل في زمان الملك العتق، فلاينتقض ذلك بالبيع في من ينعتق عليه ، حيث أن البيع الذي سبب الملك يحصل ثم تؤثر القرابة العتق لعدم تنافي سبب العتق مع الملك الابتدائي .

فالتحقيق : أن السببين يتعارضان ويتكافئان فلم يمكن الحكم بأحدهما دون الاخر، فيكون البيع الواقع ظاهراً استنقاذاً في نفس الامر لابيعاً حقيقة ، لان الشرط وهو تحقق ملك البائع غير معلوم، وكذلك العتق أيضاً لايحصل لعدم تأثير سببه ، ولو فرض عتقه لمايخرج عن قبول التملك لانه حينئذ حربي فتملّك بالقهر والاستيلاء ، والمفروض أنه حاصل ، وهكذا . لكن فرض العتق غير واقع.

ولذلك قال العلامة «قده»: من دوام القهر المبطل للعتق لو فرض يعنى أن العتق لايقع لدوام سبب الملك المنافي لوجود العتق ، فلايكون الا بطريق الفرض ، وكذلك الملك لعدم تعقل تأثير سببهما في آن واحد حيث أن السببين في كل حين يفرض يتقارنان فكما أن في حال الملك لايحصل العتق كذلك عكسه ، فبعد تحقق التعارض يصير الاصل الساقط كما هو الحال في كل تزاحم السببين، فينتفي شرط صحة البيع .

ومن ذلك ذهب جماعة ، ـ بل كاد أن يكون مشهوراً ـ الى صرف الشراء الى الاستنقاذ كالفاضل في« القواعد »والشهيد في « الدروس » في باب العتق، حيث قال :

ولو اشترى من الكافر قريبه ، جاز وان كان ممن ينعتق عليه ، ويكون استنقاذاً لاشراءاً من جانب المشتري، فلايثبت فيه خيار المجلس والحيوان، و كذلك اختاره في « المسالك » .

ولكن عبارة « الشرائع » في العتق توهم صحة البيع حيث قال: واذا اشترى انسان من حربي ولده أو زوجته أوأحد ذوي أرحامه كان جائزاً وملكه . ومحكي عبارة « الدروس » يدل على ذلك في باب بيع الحيوان على مانقل أنه قال: ولو اشترى حربياً من مثله جاز ولوكان ممن ينعتق عليه ، وقيل : كان استنقاذاً ، حذراً من الدور. انتهى .

فلعل المراد من الدور توقف دوام الملكية على عدم حصول العتق، وهو أيضاً يتوقف على الملكية وبقائه ، لانه لولم نقل بدوام الملك ليحصل العتق، و كيف كان قد عرفت عدم ثبوت مرجح يصلح لترجيح أحد السببين .

هذا، وقد يقال بملاحظة الترجيح والتعارض بالنسبة الى دليليهما فان النسبة بين الادلة الدالة على تملك الكافر بالقهر والاستيلاء وبين الادلة الدالة على انعتاق القريب بالتملك ، عموم وخصوص من وجه ، فلابد من ملاحظة الترجيح .

فقد يقال: الترجيح في جانب أدلة الملك، فيملّك الكافر بالقهر، سواءكان ممن ينعتق عليه أم لا، لما أراد الله تعالى الذلة للكافر، فكفره صار سبباً لمذلة الرقبة اذلالا له وان كان ممن ينعتق عليه لوكان غير كافر .

وقد يقال: الترجيح في جانب العتق لان عتق من ينعتق عليه من باب الاشتقاق فعموم اشفاقه تعالى ورحمته الواسعة يقتضي عموم الانعتاق بالنسبة الى المسلم والكافر اشفاقاً له عليهم ورحمة منه بهم وان كان مستحقاً للخذلان والذلة ، فالاولى اجراء أحكام الاستنقاذ في الشراء من الكافر الحربي قريبه ، فينبغي أن يكون المتجه على هذا التقرير عدم لحوق أحكام البيع من الخيار والارش ونحوهما .

ومنها : بيع العبد للكافر اذا أسلم العبد ، فانه يجبر حينئذ على الكافر بيعه ، فهل له الخيار ويجري أحكامه عند بيعه أم لا ؟.

فالتحقيق أن يقال : ان حكم الخيار قد يلاحظ تارة في العين وأخرى في القيمة ، أما في العين فقد ذكرنا الكلام فيه ، فبعد التعارض بين أدلة الخيار وأدلة نفي السبيل يرجع الى اصالة اللزوم، والكلام هنا ممحض بالنسبة الى القيمة ،بمعنى ان للكافر بعد فسخه استرداد القيمة ـ حيث لم يكن له سبيل الى استرداد العين ـ أم لا؟.

وجهان مبنيان على أن دخول العبد المسلم في ملكه سلطنة له عليه أم لا ؟فعلى الثاني يأخذ القيمة ، حيث أن العين لم تسلّم له لان دوامه في ملك الكافر سلطنة عليه ، فلابد له من أخذ القيمة ، والحاصل على هذا التقدير تفسخ المعاملة وينتقل العبد الى ملكه ، وحيث لايجوز له ابقاؤه ، يجبر على البيع أو استرداد العين على ماتقدم وأخذ القيمة . فتأمل .

وعلى الاول لاخيار له لاستلزامه دخول العبد المسلم في ملك الكافر ـ ولو آناً ما ـ بالجهة تعلق حقه على قيمته ، الا أن يقال : أن تعلق حقه على القيمة لا يستلزم دخوله في ملكه ، بل لو فسخ المعاملة يتعلق حقه ابتداءاً على قيمة العبد لا على عينه .

فان قلت : ان استحقاقه على القيمة من جهة كونه عوضاً عن العبد ، ومن المعلوم استحقاق العوض فرع استحقاق المعوض ، وحيث كان المفروض أنه لا يمكن استحقاقه بالعوض ، أعني نفس العبد ، فكيف يمكن استحقاقه بعوضه ، كما تقدم نظير الكلام .

قلت : هذا مسلّم ، الا أنا نقول : هذا نظير ماذا كان العين تالفاً أو مبيعاً الى الثالث على قول، فتتعلق حينئذ المالية الى البدل ابتداءاً ، اذ المحقق في قاعدة « على اليد » وموارد الضمان ووجوب رد المال المضمون عليه ، ان المضمون

انما هو مالية الشيء ابتداءاً ، فان أمكن عين الشيء فيحصل في ضمنه والا ببدله على الترتيب .

ومنها: شراء العبد نفسه ، فعلى القول بصحة تلك المعاملة والشراء ليس فيه خيار لاستلزامه الحر رقاً . لو صح المقام يتوقف التكلم في المبنى أولاً ـ أعني صحة الشراء وعدمه ـ وفي البناء ثانياً ـ أعني ثبوت الخيار وعدمه ـ بناءاً على ذلك المبنى .

فنقول في تحقيق المبنى : أن صحة شراء العبد لنفسه لايخلو اما من جهة أنه من فروع المكاتبة بمعنى أنه لاشك في صحة المكاتبة وأنها يعود الى شراء العبد لنفسه ، فصحة الشراء حينئذ ليس من باب عنوان البيع المستقل المشتمل على الايجاب والقبول مثل : بعت واشتريت ، بل من باب ارجاع المكاتبة اليه، حيث أن في المكاتبة أقوالا ثلاثة : أحدها أنها عتق بوصف، وثانيها أنها معاملة مستقلة، وثالثها انها بيع .

فعلى القول الثالث يصير مرجع المكاتبة الى البيع ، فتجري منها أحكامه من الخيار وغيره، فأورد على هذا لعدم جريان الخيار لقصور شمول أدلته في مثل المقام، لان دليله، كقوله «البيّعان بالخيار» ينصرف الى البيع الاصلي المستقل المتعارف كما اذا اشتمل على الايجاب والقبول المخصوصين .

فيدفع ذلك بدعوى شمول أدلة الخيار في البيع التنزيلي بمعونة الادلة الدالة على أنها بيع حكماً. وان أبيت عن ذلك يقال : أن دليل الخيار وان كان قاصراً عن شموله في مثل ذلك الا أن الخيار ثبت بالمناط القطعي، فحيث ثبت مناط الخيار الثابت في البيع يدور أحكامه به أو يقال : أن صحة شراء العبد لنفسه انما هو من جهة كون نفسه بيعاً مستقلا ، كما اذا باع مالك العبد نفسه بالثمن فقال العبد : قبلت ، فقد يقال حينئذ لعدم الصحة وجوه :

الاول: استحالة أن ينتقل العبد الى ملك نفسه وكونه مالكاً لنفسه لعدم تعقل

اتحاد المالك والمملوك .

الثاني: اعتبار المغايرة بين المعقود عليه وبين المتعاقدين ، كماجعله العلامة من شروط المعقود عليه وفرّع عليه في «القواعد» تلك المسألة، حيث قال : فلو باعه نفسه فالاقرب البطلان وان كان الثمن مؤجلا .

الثالث : لزوم الدور لان الحرية شرط التملك الذي هو شرط الصحة ، وانما يتحقق في الفرض بالبيع ، فصحة البيع تتوقف على التملك وهو يتوقف على الحريّة والحريّة تتوقف على صحة البيع ، فهذا هو الدور لامحيص عنه في المقام، فلو أمكن المناقشة في الاولين لاسبيل لها في الثالث .

ثم ان كلام العلامة « قده » في «القواعد» ـ كماذكرنا عين ألفاظه ـ يشتمل على الخصوصيتين :

أحدهما: أنه خص التفريع ببيعه نفسه ، فيكون العبد مبيعاً حينئذ ولم يفرّع جعل نفسه ثمناً ، بأن اشترى العبد داراً مثلا بأزاء نفسه .

وثانيهما: أنه «قده» عقّب كلامه بقوله : وان كان مؤجلا فلابد من خصوصية للتأجيل حتى تصلح أن تكون فارقة بينه وبين البيع الحالي .

أما الوجه في الاول : لاستلزام جعلا نفسه ثمناً تصرفاً في مال المالك لانه مملوك لغيره ، فلايمكن تصرفه بغير اذنه، اذ جعل نفسه ثمناً للمبيع كدار زيد أو فرسه مثلا تصرف في مال مولاه ، بخلاف صورة كونه مثمناً، لانه انما يكون من المالك ويكون باذنه ، كأن يقول المالك للعبد : بعتك بكذا .

وأما الوجه في الثاني: فقد نسب المحقق الثاني الى القيل ، بأنه مع وجود الاجل يتحرر بالبيع فيكون وقت الحلول مالكاً، بخلاف صورة البيع الحالي، فان العبد في حال البيع لايتحرر ولايكون مالكاً لشيء .

ثم أجاب عنه : بأن عدم ملك الثمن لادخل له في صحة البيع وفساده ، والا

لامتنع بيع الفقير الذي لاشيء له أصلا ، بل عدم صلاحية الملك هو المانع وهو موجود في الحالين . حاصله : أن كون المشتري لايشترط أن يكون مالكاً لشيء فعلا والا يلزم أن لايجوز المبايعة مع الفقير ويمتنع بيع شيء على الفقير ، وهو واضح البطلان .

ثم تصدى «قده» بعد ذلك بذكر وجه آخر بقوله : وانما أراد ـ أي المصنف ـ بقوله : وان كان مؤجلا ، رفع توهم من تخيل جوازه مع التأجيل نظراً الى عدم لزوم أداء الثمن ، لان المانع هو امتناع لزوم الاداء لانفي عدم الاداء ... انتهى .

حاصله : أن القدرة على التسليم والاداء شرط في صحة البيع ، فهو حاصل في المؤجل دون البيع الحالي أو عدم القدرة على التسليم حاصل حينئذ،فيمنع عن صحة البيع ، هذا كله في المبنى ، وأما الكلام في البناء ، فهل الخيار ثابت على القول بالصحة وان كان خلاف الاقرب على مافي « القواعد » أم لا ؟ قيل : لايثبت فيه بناءاً على الصحة لوجوه :

الاول : انصراف الادلة الى غير الشراء لنفسه فانه خارج عن البيوع المتعارفة.

فيه : أنه لو أغمضنا عن منع الانصراف وسلمنا عدم الشمول نقول بثبوت الخيار من جهة مجيء مناط الخيار في المقام من غير فرق بينه وبين سائر البيوع التي ثبت فيها الخيار .

الثاني : استلزام الخيار لخرق القاعدة المقررة وهي: أن الحر لايعود رقاً.

فيه : أنه حسن بالنسبة الى العين، وأما بالنسبة الى القيمة، فلا فتنفسخ المعاملة ويرجع الى القيمة حيث تعذرت العين كما سلف في بعض الفروع السابقة .

الثالث : أن الخيار عبارة عن الملك لازالة العقد وسلطنة ارجاع المعقود عليه ، فلو كان للعبد خيار لزم أن يكون مسلطاً على نفسه والانسان لايسلط على نفسه

بارجاعه الى الملكية .

فيه : منع واضح لانه بعد فرض ثبوت الخيار يصير ذو الخيار العبد المشتري نفسه ، فلسلطنة المشتري انما يكون على البائع بأخذ الثمن وردّ المثمن ، وأما في مفروض المسألة حيث قلنا بصحة الشراء لايرد عين المبيع لانه صار بمنزلة صيرورته حراً ، فلابد من دفع القيمة فتختص السلطنة حينئذ بالنسبة الى البائع المالك في أخذ الثمن ، وبالنسبة الى المثمن دفع قيمته الى البائع. وهذا كما ترى ليس سلطنة على نفسه .

ومنها : ماذكر بعض الفقهاء المعاصرين « قده » عدم ثبوت الخيار في بيع الوقف حيثما حصل مجوز بيع الوقف ، كما في صور الخراب ، على ماذكرنا تفصيله في محله لانه لو ثبت فيه الخيار لزم صيرورة الوقف ملكاً في البدل .

بيان ذلك : أن في بدل الوقف حيث يبادل به قولان : أحدهما : كونه وقفاً بلا حاجة الى الصيغة . وثانيهما : أنه وقف بعد اجراء الصيغة ، فحينئذ لو باع الوقف ببدل وأجرينا صيغة الوقف صار البدل وقفاً ، فلو ثبت في البيع خيار لزم أن يرد البدل ويخرج عن الوقفية ويصير ملكاً ، وهذا غير جائز .

والجواب عن ذلك يظهر عما ذكرنا بأنه انما يتم في العين، وأما بالنسبة الى القيمة فلا، فيلزم حينئذ ثبوت الخيار في البيع ، وحيث لايمكن رد البدل لصيرورته بمنزلة التلف ، ينتقل الخيار بالنسبة الى القيمة ، فيفسخ البيع ويؤخذ القيمة ، ولايلزم من ذلك صيرورة الوقف ملكاً ، حتى ينافي الادلة الدالة على أن الوقف لايملك .

(مسألة)

عدم ثبوت الخيار في غير البيع

لااشكال في عدم ثبوت الخيار في غير البيع من العقود والمعاملات، بالنص والاجماع، اذ موضوع ذلك الخيار انما هو البيع كما في قوله «البيعان بالخيار» وليس لنا نص آخر يدل على التعميم، وأن المحكي عن «التذكرة» وتعليق «الارشاد» و (الغنية) الاجماع عليه، حتى أن الشيخ صرح بذلك في عدة مواضع من كتابه «المبسوط».

وانما الكلام هنا في تصور المعنى المراد من الخيار الذي ذكره الشيخ في «المبسوط» في جملة من العقود الجائزة، حيث ذكر في أول كتاب البيع من «المبسوط» الخيارات الثلاثة: خيار المجلس والشرط والحيوان، ثم شرع بذكر العقود التي تدخلها تلك الخيارات والتي لايدخلها، ثم قال بعد ذكر جملة منها: وأما الوكالة والوديعة والعارية والقراض والجعالة، فلايمنع من دخول الخيارين فيها مانع... انتهى

ومراده من الخيارين: المجلس والشرط، فيقع الاشكال في أنه كيف ثبت الخيار في تلك العقود مع أنها محكومة في كل آن بجواز الفسخ؟ وجه الاشكال أمرين:

أحدهما: ماذكره شيخنا الاستاذ «دام ظله العالي» من عدم تعقل نفس الخيار في أمثال تلك العقود للزوم تحصيل الحاصل، اذ الخيار عبارة عن السلطة على الفسخ، والمفروض أن السلطنة على الفسخ في تلك العقود حاصل في كل آن وزمان فلايتعقل مجيء السلطنة على الفسخ فوق السلطنة على الفسخ ولاينتقض ذلك بالاحكام التكليفية كبعض الموارد التي ثبت الوجوب من جهة على الشيء

الواجب من جهة أخرى ، لانا لانقول هناك بتعددهما ذاتاً ، بل انمانقول بتأكد الوجوب، فانه عبارة عن الطلب الحتمي وله مراتب يقبل الشدة والضعف، ففي صورة تعدد الوجوب تصير مرتبة الطلب والرضا أعلى وأشد من دونه وهذا بخلاف السلطنة فانه لامراتب لها حتى نقول بالشدة والضعف .

ولاينتقض أيضاً بتعدد الخيارين كما اجتمع خيار الشرط مع خيار الحيوان مثلا، لانهما ممايقبل الاسقاط، فيجوزاسقاط أحدهما وبقاء الاخر أواسقاط كليهما فيلزم العقد .

فجواز الفسخ اذا يقبل الاسقاط كأحد الخيارين يمكن اجتماعه مع جواز الفسخ الاخر من جهة أخرى مع قبوله للاسقاط بخلاف مانحن فيه، فان جواز الفسخ في العقود ممالايقبل الاسقاط، بل هو الذي ذكره العلامة «قده» في «التذكرة» لامعنى للخيار فيها، لان الخيار فيها أبدي ، أي جواز الفسخ في تلك العقود من قبيل الاحكام لامن قبيل الحق الذي يقبل الاسقاط ، فلايتعقل ثبوت الخيار الذي من قبيل الحق في مورد ثبت فيه الخيار ـ أي جواز الفسخ ـ بحسب أصل الشرع المعبر عنه بالحكم .

والحاصل: ان شئت فقل: ان الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ بحيث لولاه لزم العقد وهذا المعنى غيرمتصور في العقود الاذنية، اذ مع عدم الخيارفيها أيضاً ليس بلازم .

وثانيهما : مايستظهر في كلمات الفقهاء ، خصوصاً في كتاب شيخنا العلامة الانصاري « قده » من أنه لا ثمرة في ثبوت الخيار في تلك العقود ، فلا أثر لجعل الخيار في العقود التي كان الخيار فيها أبدياً. هذا وقديذكر في دفع الاشكال وجوه :

الاول: ماذكره الشهيد «قده» في «الدروس» : من أن المراد بمجيء الخيار

في تلك العقود عدم جواز التصرف قبل انقضاء الخيار، مطابقاً لمذاق الشيخ في الخيار في العقد اللازم، حيث أن مذهب الشيخ في العقد اللازم ـ اذا ثبت فيه الخيار كالبيع الخياري ـ عدم جواز التصرف للمشتري في زمن الخيار ولو من جهة عدم حصول الملك، كمانسبنا هذا القول اليه في المسألة السابقة ، أو من جهة كونه مهجوراً كماسيجيء توضيح ذلك في محله . فالمراعاة لمذهبه يقتضي أن يراد بذلك في محل الكلام ، أعني في أمثال الوكالة والعارية عدم جواز تصرف الوكيل والمستعير في زمن الخيار، وهذا المعنى أمر ممكن معقول ومفيد للثمرة .

ولكن عند دقة النظر : أن هذا الجواب حسن بالنسبة الى الاشكال الثاني ولايندفع به الاشكال ، لان هذا ذكر ثمرة للخيار لأنه في مقام تعقل نفس الخيار الذي هو عبارة عن السلطنة على الفسخ والاقرار، اذ عدم جواز التصرف في زمن الخيار لوقلنا به انما هو من آثار الخيار ولوازمه .

الثاني: ماذكره شيخنا العلامة «قده» في مكاسبه: أن المراد دخول الخيارين في تلك العقود بواسطة وقوعها في تحقق عقد البيع ، فتلزم بلزوم عقد البيع وتنفسخ بفسخه، فبدخول خيار المجلس في البيع لوفسخ في المجلس يرى الفسخ في تلك العقود أيضاً .

فهذا وان كان حسناً في نفسه الا أنه ضعيف احتمالا، حيث أن عبارة الشيخ لاتحتمل ارادة ذلك المعنى بداهة أنه على هذا التقدير أن عقد البيع يصير مع الخيار وانفساخ تلك العقود ليس من جهة دخول الخيار فيها، فان لازم دخول الخيار فيها فسخها من دون فسخ شيء آخر، وهذا لايمكن الا بفسخ عقد البيع ، فلاتظهر الثمرة في دخول الخيار فيها ، لانه على أي حال ـ سواء قلنا بدخول الخيار فيها أم لا ـ يتبع عقد البيع، فلو اختار الفسخ ينفسخ والا يلزم فلم تحصل

لهذا فائدة أخرى .

الثالث: ظهور الثمرة اذا كانت تلك العقود في ضمن عقد آخر لازم ولم نجعل له خيار المجلس كعقد النكاح، فان المفروض أنه ليس للنكاح خيار المجلس فحينئذ ان قلنا بدخول خيار المجلس في تلك العقود يثبت خيار المجلس في الوكالة وأمثالها مع كونها لازمة باعتبار كونها في ضمن العقد اللازم ، بل يندفع بذلك الاشكال الاول أيضاً، حيث أن الخيار الذي بمعنى السلطنة على الفسخ في عقد لولاه لزم ، فيصدق ذلك للتعريف في تلك العقود اذا وقعت فى أمثال عقد النكاح .

ويندفع ذلك بمايرد على المعنى الذي ذكره شيخنا العلامة «قده» حيث أن عبارة الشيخ لاتتحمل ذلك المعنى وأنه ضعيف احتمالا، بل ذلك الوجه تفسير في الحقيقة لماذكره شيخنا العلامة «قده» وتوضيح لمراده .

الرابع : أن دخول الخيار في تلك العقود الجائزة من باب التعبد ، فلو دل الدليل على ثبوت الخيار فيها، فنلتزم به تعبداً .

فيه: أن التعبد حسن اذا نتعقله والاشكال انما هو في عدم تعقل الخيار، فكيف يثمر بذلك الالتزام بالتعبد .

الخامس: ماذكر شيخنا العلامة الاستاذ «دام ظله» فى مجلس البحث: أنه لوقلنا بأن الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ والابقاء، أي بقاء العقد على حاله ليتوجه عليه حينئذ الاشكال المذكور ، اذ هذا المعنى ثابت فى العقود الجائزة وان لم نقل بالخيار وأما اذا قلنا بأنه عبارة عن السلطنة على الفسخ والاقرار بأن يقدر على فسخ العقد والزامه ـ كماهو أحد الاحتمالين والمستفاد من كلام «الجواهر» على ماذكرنا تفصيلا ـ فلامانع حينئذ من دخول الخيارين في تلك العقود لتعقله ولم يلزم تحصيل للحاصل حينئذ ، فيكون المراد من الخيار أن يقدر ذو الخيار

بفسخ تلك العقود ولالزامها بحيث لو اختار الاقرار والالزام لكانت لازمة، فهذا أمر متعقل .

الا أن الكلام في دليـل ذلك لعدم ثبوت دليل لنا في ثبوت هذا المعنى في تلك العقود، بحيث لو اختار اللزوم لكانت لازمة ، لان المتقرر عند الاصحاب ان جواز الفسخ ثابت فى تلك العقود وان صرح بالاسقاط أوباللزوم .

وكيف كان ، الكلام فى دليل المطلب غير الكلام فى أصل تعقله وامكانــه ، ومراد الشيخ «قده» انما هو في أصل امكان جريان الخيار فيها لافي اثبات الخيار فى تلك، فلذاك لايحكم بالثبوت، كما تشهد بذلك عبارته المذكورة، أعني قوله: فلايمنع من دخول الخيارين فيها مانع انتهى، فتدبر .

وسنزيد توضيحاً لبعض ماذكرناه في المسألة الاتيـة وهي أنه : هل مبدأ هذا الخيار بعد العقـد من دون توقف على مجيء شرائطـه المتأخرة وان كانت تلك الشرائط من متمماته وشرائط صحته فيكون حينئذ مبدأ الخيار حين العقد وان لم تتم شرائطه؟ أم ان مبدأه بعد تمامية العقد واستكماله لجميع الشرائط الناقلة وتظهر الثمرة في الصرف والسلم، حيث أن القبض من شرائطهما بحيث لو لم يلحق بهما القبض لكانا فاسدين .

فنقول: اعتبار القبض لايخلو من وجوه ثلاثة: اما أنها معتبرة من باب الوجوب النفسي التكليفي فقط، أومن باب الوجوب النفسي مع كونه من شرائط الصحة وموجباً للنقل، أومن باب الوجوب الشرطي فقط، بأن لم يكن بواجب بالوجوب التكليفي أصلا الا من الشرائط المعتبرة المؤثرة فى نقل الملك .

فعلـى الاول : لااشكال في أن مبدأ الخيار بعد العقد وان لم يحصل القبض ، فيصير حال القبض علـى هذا الاحتمال فى الصرف والسلـم كحال غيرهما من البيوع ولايقدحه حينئذ الاشكال الاتـي من عدم ظهور الثمرة لجعل الخيار قبل

القبض، لعدم تمامية العقد بدونه لوضوح أنه على هذا الاحتمال العقد وقع صحيحاً تاماً، فتكون الثمرة في ثبوت الخيار حين العقد جواز الفسخ وعدم تحقق الوجوب في القبض .

ولكن هذا الاحتمال مجرد تصوير في السلم والقبض وليس منا قائل بأن حال القبض فيهما كحال غيرهما فى عدم كونه من مصححات العقد ومتمماته .

وعلى الاحتمال الثاني: قال شيخنا العلامة «قده»: لااشكال فيه لوقلنا بوجوبه التكليفي، اما لعدم لزوم الربا أولوجوب الوفاء بالعقد، مع كونه من شرائط صحة العقد وجزء أخيراً للنقل، لظهور الثمرة في جعل الخيار حينئذ وهي جواز الفسخ وعدم وجوب التقابض .

وقد أورد عليه شيخنا الاستاذ العلامة « دام ظله » بعدم ظهور الثمرة لجعل الخيار على هذا أيضاً ، اذ جواز الفسخ حاصل في مفروض المسألة سواء قلنا بالخيار أم لا، لان المفروض: أن القبض شرط صحة العقد بحيث لولم يلحقه لكان العقد فاسداً، فلوتفرقا ينفسخ العقد قطعاً .

فبناءاً على أن القبض شرط الصحة فى الصرف والسلم يكونان من العقود الجائزة مالم يلحقه القبض ، ومن المعلوم ثبوت جواز الفسخ للعقد الجائز على كل حال ، سواء قلنا بثبوت الخيار أم لا ، فلا تظهر الثمرة للخيار حين العقد حينئذ .

أقول : هذا حسن في جواز الفسخ الوضعي ، بمعنى انفساخ العقد بالتفرق بدون حصول القبض، فينفسخ العقد سواء ثبت خيار قبله أم لا. وأما بالنسبة الى جواز الفسخ التكليفي تظهر الثمرة ، بمعنى ان قلنا بالخيار قبل القبض فلايكون التقابض واجباً ولايحصل بتركه اثم وكذلك لايحصل الاثم بفسخ العقد، بل يجوز فسخه وان لم نقل بثبوت الخيار ، فيكون التقابض واجباً ويحصل الاثم بتركه

ولايجوز الفسخ، لان المتعاقدين على هذا القول مأموران بالتقابض والوفاء بالعقد فلايجوز لهما فسخ العقد لانه خلاف الوفاء بالعقد، وان كان العقد بنفسه ليس مملكاً بل القبض له مدخلية فى حصول النقل والتملك الأن المفروض مع ذلك لماكان الوجوب التكليفي ثابتاً يحصل أثر الخيار فى جواز الفسخ وعدم التقابض ولعل ذلك مراد شيخنا العلامة الانصاري «قده» .

وأما على الوجه الاخير كماهو مذهب المشهور: من أن التقابض فيهما ليس له وجوب شرعي تكليفي ، بل انماهـو شرط لحصول النقل والتملـك فى عقد الصرف والسلم، فهما قبل القبض من العقود الجائزة، بمعنى أن لكل من المتعاقدين سلطنة على ملكه فبقـي الاشكال فى ثبوت الخيار قبل القبض بنـاءاً على كون مبدأه حين صدور العقد، ففي أثر الخيار حينئذ خفاء كماصرح به شيخنا العلامة«قده» فى كتابه .

والحاصل : أن الاشكالين المتقدمين في المسألة السابقة يأتي هنا أيضاً، فيقال تارة أنه بعد فرض بقاء سلطنة كل من المتعاقدين على ملكه لايتعقل لثبوت الخيار لانه عبارة عن السلطنة المذكورة بحيث لولاها لكان العقد لازماً، فجعل الخيار في السلم والصرف قبل القبض تحصيل للحاصل . وأخرى أنه لاثمرة لثبوت الخيار حينئذ ، والى هذا المعنى أشار بقوله «قده» (ففي أثر الخيار حينئذ خفاء).

وقد يندفع الاشكال بوجوه ثلاثة :

الاول : بما أجاب شيخنا العلامة «قده» بظهور الثمرة بعد فسخ ذي الخيار في خروج العقد عن قابلية لحوق القبض المملك، فان لم يكن الخيار ثابتاً فيقبل العقد للحوق القبض في المجلس ، ويتم النقل والانتقال ، فلايرجع الفسخ فـي سقوط القبض عن صلاحية التأثر، بخلاف ماثبت فيه الخيار، فاذا اختار أحدهمـا ـ قبل القبض ـ الفسخ لسقط عن صلاحية التأثر .

فيه : أنه من المقرر في العقود الجائزة أنها ينفسخ بعدول أحد المتعاقدين، بل لكل منهما ابطال العقد قبل استكمال الشرط المتمم، فكما أن للموجب فسخ العقد قبل لحوق القبول ،كذلك لهما فسخه قبل لحوق القبض فيماكان من متمم العقد وناقل الملك .

ولذلك لورد أحد المالكين أوكلاهما عقد الفضوليين قبل الاجازة ينفسخ العقد ويسقط عن قابلية لحوق الاجازة ، فكذلك فيما نحن فيه ، فالمتعاقدان في الصرف والسلم لوعدلا قبل القبض وأعرضا عن ماصدر منهما من العقد بالرد أو الفسخ خرج العقد عن قابلية لحوق القبض ، سواء قلنا بثبوت الخيار لهما أملا . فلاتظهر ثمرة للخيار، مضافاً الى أن هذا الجواب لايدفع الاشكال على التقرير الاول من عدم المعقولية للخيار وكونه تحصيلا للحاصل .

الثاني : مايستفاد من كلام العلامة «قده» في « التذكرة » والشهيد «قده» في « الدروس » من ظهور الثمرة بعد الزام ذي الخيار في وجوب التقابض وحصول الاثم فى انقعاد أحدهما عنه ، فلوانفرد أحدهما بالتفرق عصى ، بخلاف مالم نقل بالخيار فلايجب التقابض ولايحصل العصيان بالتفرد عن التفرق .

نعم ، ان اتفقا على المفارقة عن تراض فلاأثم لانه حينئذ يصيركالاقالة.

فحاصل هذا الوجه : أن الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ وعلى الالتزام بالعقد لابمعنى ابقائه على حاله بترك الفسخ، بل بمعنى الزام العقد وجعله غيرقابل لان ينفسخ ، فتظهر الثمرة حينئذ ولامسرح لاشكال عدم الثمرة ، بل يندفع بذلك اشكال عدم المعقولية لعدم لزوم تحصيل الحاصل حينئذ اذ السلطنة الحاصلة من الخيار لم يستلزم ذلك المعنى من الخيار لعدم القدرة على الزام العقد وايجابه في العقود الجائزة ، بخلاف فرض ثبوته .

فان قلنا بثبوت الخيار لحصلت الثمرة في صورة اقرار العقد والزامه ، فلو

التزما وجب عليهما التقابض ويحصل العصيان بانفراد أحدهما بالمفارقة وأما مع اتفاقهما لايحصل العصيان كما في صورة الاقالة في سائر العقود . وان قلنا بعدم الخيار لاوجوب ولا أثم في البين .

ولكن يرد على هذا بالنسبة الى المعنى ـ أعني معنى الخيار ـ فان هذا الجواب حسن ويندفع الاشكال بكلا التقريرين كما اخترناه في المسألة السابقة ، الا أنه مبني على كون الخيار عبارة عن ملك اقرار العقد لابمعنى ابقائه على حاله بترك الفسخ، بل بمعنى الزامه وجعله غير قابل لان ينفسخ . وهذا المعنى وان كان مختار شيخ الفقهاء في « الجواهر » كما سبق ذكره في تعريف الخيار الا أن كلمات الاصحاب لاتساعده ، فتدبر .

الثالث : أن ثبوت الخيار قبل استكمال العقد كثبوته في بيع الصرف والسلم قبل حصول القبض انما هو كالوجوب التعليقي في الاحكام التكليفية ، بأن يقال بوجوب الواجب المؤقت قبل الوقت ـ كماذهب اليه صاحب «الفصول» ـ وكالوكالة المعلقة على وقت كذا لاعلى وجه التعليق حتى يكون باطلا بل على وجه التنجيز، بأن يقال : أنت وكيل فعلا ومنجزاً الان بأن تبيع داري هذه مثلا يوم الجمعة أو عند قدوم الحاج .

فعلى هذا الخيار لاينفك عن العقد حتى يقال بانفكاك المعلول عن العلة ولو برهة من الزمان بل مبدأه حين العقد، غاية الامر تظهر ثمرته بعد القبض كالوجوب التعليقي والوكالة المنجزة المعلقة فعلها على الوقت المستقبل كما قيل ذلك في المعاطاة أيضاً بأن الخيار ثابت في المعاطاة ولكن تظهر ثمرته بعد التصرف والتلف الملزمين فانه قبل مجيء الملزم في المعاطاة لاثمرة للخيار، الا أن ذلك لايوجب نفي الخيار فيها لظهور ثمرته بعد تحقق الملزم .

وتفصيل الحال في المعاطاة أن يقال في جريان الخيار في المعاطاة وجهان

بل قولان والمنسوب الى جماعة ، منهم صاحب «كشف الغطاء» وبعض أتباعه وتلاميذه : العدم لوجوه ثلاثة :

الاول : أن الخيار من لوازم العقد وأحكامه ، فان الذي يترتب عليه خيار المجلس كسائر الاحكام هو عقد البيع المشتمل على الايجاب والقبول ، وليست المعاطاة لو قلنا بأنها تتسع وتوجب الملكية مما تشتمل على الايجاب والقبول اللفظي بحيث يصدق عليها العقد ، لان العقد عبارة عن العهد الموثق باللفظ .

وفيه : أولا : نمنع ترتب خيار المجلس على العقد وكونه من أحكامه ، اذ الموضوع الذي ترتب عليه ذلك الخيار هو البيع في قوله « البيعان بالخيار » فهو عبارة عن المالك الذي صدر عنه البيع فعلا أو قولا على حسب ماتحقق به عنوان البيع .

والحاصل : منعنا ترتب خيار المجلس على عنوان عقد البيع الذي هو عبارة عن اللفظ ، بل انما موضوعه في الدليل البيعان ، وترتب على هذا العنوان أعني البيع .

فالتحقيق : أنه عبارة عن موجد البيع ، أعني من كان منشأ للنقل والتمليك سواء كان مالكاً أم لا، بل كان وكيله وسواء كان انشائه للتمليك بالقول أو بالفعل .

وثانياً : عدم صدق العقد على المعاطاة فلو سلّمنا بأن الخيار انما هو من أحكام عقد البيع نقول أيضاً بعقدية المعاطاة ، اذ العقد عبارة عن العهد الموثق وهو قد يحصل باللفظ وقد يحصل بالفعل .

الثاني : أن ثبوت الخيار في المعاطاة لايخلو أما أن يلتزم بثبوته قبل تحقق التصرف أو بعده ، فعلى الاول يلزم تحصيل الحاصل، اذ قبل التصرف ليست المعاطاة بلازمة، بل جواز الفسخ والرجوع ثابت فلامعنى لجعل الخيار عنده . وعلى الثاني يلزم أمرين :

أحدهما : لزوم انفكاك العلة عن المعلول ولو في برهة من الزمان، اذ المسبب المقتضي للخيار هو البيع وهو حاصل قبل التصرف وليس التصرف من أحد اجزاء البيع ، فعلى القول بأن المعاطاة تمليك وبيع لابد من ترتب أحكام البيع عليه ، ومن المعلوم من الدليل والاجماع أن نفس البيع علة لترتب الخيار ، ولو تأخر في المقام الى حصول التصرف لزم تأخر المعلول عن العلة ، وهذا محال .

وثانيهما : أنه من المقرر ـ كما سيجيء ـ أن التصرف علة لاسقاط الخيار، فلو كان علة للخيار في المعاطاة لزم أن يكون الشيء الواحد علة لطرفي النقيض ، اذ كون التصرف سبباً لاثبات الخيار، وكونه سبباً لنفي الخيار مستلزم لجواز الشيء الواحد أن يكون علة لاثبات شيء واحد ونفيه ، وهذا مستحيل .

والجواب عن ذلك: تارة نقول: أنا نختار الشق الاول ولم يلزم تراخي المعلول عن العلة ولا كون الشيء علة لطرفي النقيض ، وأما قوله (لزوم تحصيل الحاصل) فمدفوع بأنه كالوجوب التعليقي والوكالة المعلقة لا بحسب الانشاء ، بل بحسب الفعل وتظهر ثمرته بعد التصرف، فالخيار حين المعاطاة ثابت منجز ، غاية الامر ثمرته انما تكون بعد حصول الملزم كما لو حصل التصرف والتلف .

وأخرى: أنا نختار الشق الثاني وقوله (لزوم انفكاك المعلول) حينئذ مدفوع بما ذكرنا من أن ثبوت فعلية الخيار على وجه التنجز بعد التصرف لا يستلزم عدم ثبوته قبله على وجه التعليق والشأنية ، فهو بحسب الذات والوجود ثابت حين المعاطاة ، وأما بحسب الاثر والتنجز انما يتعقب بالتصرف.

وأما الامر الثاني، فمدفوع بتعدد المنفي والمثبت بحسب المهية ، فالخيار الذي كان التصرف لاسقاطه انما هو من قبيل الحكم ، وأما الخيار الذي نثبته في المعاطاة فهو من قبيل الحق .

بيان ذلك : أن المعاطاة ـ وان قلنا بكونها بيعاً ـ حكمه الجواز عنه المشهور المحقق، فيصير جواز الرجوع والفسخ من أحكامه على خلاف سائر البيوع فهذا الجواز الذي من أحكام المعاطاة انما يسقط بحصول التصرف والتلف ، ويشهد لذلك ـ أي لكون ذلك الجواز من قبيل الحكم ـ أن أحد المتعاطيين قبل حصول التصرف لو أسقط حقه من جواز الرجوع والتزم بالمعاطاة لما سقط ولايكون لازما ، بل لو التزم المتعاطيان معاً لايكون لازماً ولايكون جواز الرجوع ساقطاً ، فلو كان حقاً لزم أن يكون ساقطاً بالاسقاط ، فيكشف ذلك عن أنه من قبيل الحكم والتصرف الملزم لاسقاطه ، وأما الخيار الذي يثبت التصرف من قبيل الحق كسائر الخيارات فيسقط بالاسقاط وتنتقل على حسب ماقرر في محله (١).

الثالث : أن سبب كون التصرف ملزماً في باب المعاطاة انماهو من جهة كونه التزاماً، ومن المعلوم أن الالتزام من المسقطات عندهم .

فيجب أن لايكون الخيار في المعاطاة، ولو كان باعتبار ظهور أثره بعد التصرف اذلامعنى لظهور أثر الخيار بعد تحقق المسقط له ـ أعني الالتزام .

فيه: منع كون التصرف ملزماً من جهة كونه التزاماً بل انما هو من باب التعبد حيث قام الاجماع بلزوم المعاطاة بسبب التصرف والتلف .

أقول : يتوجه الاشكال من جهة ذهابهم الى أن نفس التصرف من المسقطات ـ كما سيجيء ـ فمع ذلك كيف يمكن أن يقال أن التصرف مثبت الخيار في باب المعاطاة ، فلو كان التصرف من أحد المسقطات التي اتفقوا عليها، فلاوجه للالتزام بأنه انما يثبت الخيار في المعاطاة بعد التصرف الا أن يقال بابداء المفارق أو منع عموم الدليل الدال على أن التصرف من المسقطات ولكنه غير معلوم ، فانتظر .

(١) لايخفى أن هذا عدول عما ذكر المستدل من كون الخيار بعد التصرف لاقبله .

« مسألة »

في مسقطات الخيار

في بيان المسقطات الاربعة المعروفة ، أعني اشتراط سقوطه في ضمن العقد واسقاطه به بعده والتفرق والتصرف . فهنا مباحث :

المبحث الاول : في اشتراط سقوط الخيار، وحيث أن المعنى المراد من هذا الشرط يتصور على وجوه فلابد من التكلم في ذلك من جهات :

الاولى : في بيان المحتملات وما أراد الفقهاء منها .

الثانية : بعد تعيين المراد في بيان الادلة الدالة عليه .

الثالثة : في بيان الاشكالات الواردة على هذا الشرط ودفعها .

الرابعة: في بيان الثمرة في سائر المحتملات من هذا الشرط، بأنه هل تختلف تلك المحتملات بحسب الاثار والثمرة أم لا ؟

أما الاولى: فنقول : المستفاد من كتاب شيخنا العلامة « قده » وجوه ثلاثة : أحدها: اشتراط عدم الخيار. ثانيها : اشتراط عدم الفسخ. ثالثها : اشتراط اسقاط الخيار .

ومن جواهر شيخ الفقهاء وجوه :

أولها : اشتراط سقوط الخيار .

ثانيها: اشتراط الاسقاط، حيث نفاه عن مراد الفقهاء لعدم كونه حينئذ اسقاطاً بالشرط ، بل أقصاه استحقاق الاسقاط عليه ، وان لم يف تسلط الاخر على الخيار كباقي الشرائط .

وثالثها : اشتراط عدم ثبوت الخيار ،كما نفاه أيضاً بأن نفي استحقاق ثبوت الخيار شرعاً باطل، لعله لكونه مخالف للكتاب والسنة . ورابعها: اشتراط الالتزام بالعقد واختياره .

وهذه وجوه سبعة بعضها داخل في الاخر كماترى ، ولكن المهم في المراد منهاعندهم، والذي يسهل الامرأن المحقق والعلامة والشهيدحكوا عن لسان الفقهاء، فهؤلاء الاعاظم « رضوان الله عليهم » قد عبروا عن هذا الشرط بشرط السقوط، كما في « الشرائع » و « التذكرة » والمحكي عن « الدروس » كماصرح بذلك شيخ الفقهاء «قده» بقوله : والمراد من المتن وغيره مماعد فيه ذلك أحد الامور الاربعة المسقطة للخيار، سقوطه بنفس الشرط لااشتراط الاسقاط الذي يحصل بأحد مسقطاته .

ويظهر من شيخنا العلامة «قده» أن كلام المشهور هو اشتراط السقوط وهو بمعنى عدم الخيار ، بأن يقول : بعت بشرط أن لا يثبت خيار المجلس.

الثانية : في بيان مدرك ذلك الشرط ، واستدل بعضهم بالاصل والاجماع والكتاب وعموم (المؤمنون عند شروطهم) والخبر الوارد في الباب .

أما الاصل : فالظاهر هو ماعبر عنه صاحب « الجواهر » بأصالة اللزوم مع الشك في تناول الادلة ، فيكون هو المرجع أو المرجح بعد تعارض أدلة الشروط والخيار .

أما الاجماع كما في «الفقيه» : الاجماع عليه الاأن المحصل عدم الخلاف ، حيث لم يعلم مخالف في المسألة .

وأما الكتاب : فعموم الامر بالوفاء في الاية الشريفة (أوفوا بالعقود ...)فانه بعد تعارض أدلة الشروط وأدلة الخيار يجب أن يكون المرجع عموماً آخر فوق ذلك ـ أعني عموم الاية الشريفة ـ وللتمسك به تقرير آخر وهو : أن اشتراط السقوط في العقد جزء للعقد فيجب الوفاء به بنفس الاية الشريفة ، أعني (أوفوا بالعقود) فانه يشمل على وجوب الوفاء بجميع مقتضيات العقد وآثاره جزءاً وكلا .

فيندفع حينئذ بأن العموم مخصص قطعاً بأدلة الخيار، فلامعنى للتمسك به في المقام ، وأما عموم (المؤمنون عندشروطهم) فقد يستدل به بتقرير أنه بعدتعارضه بعموم أدلةالخيار بالتعارض من وجه بحسب الرجوع الى الذي هو أرجح، وهو في المقام عموم(المؤمنون عند شروطهم)لصحة سنده وقوة دلالته لعمل الاصحاب على مضمونه في أمثال المقام.

ويندفع حينئذ أن الترجيح انكان بحسب السند فلاترجيح بينهما لصحةسندي أدلة الشروط وأدلة الخيار، حيثلاخدشة فيسندهما، بل كلاهما مستفيض فيكونان كالقطعيين ولاترجيح بين القطعيين، وانكان بحسب قوة دلالته على أدلة الخيار، فانكان احراز قوة دلالته بالامـور الخارجية والقرائن الكاشفة ولوبمعونة عمـل الاصحاب، بأناستكشفنامن عمل الاصحاب تلك القرائن الدالة على صدقه وتحكيمه على الادلة الاخر فهو حسن مسلّم الا أنها مفقودة في المقام .

وأما ان كان بنفس موافقة عمل الاصحاب فلاينفع ، اذ المفروض ان مستند عمل الاصحاب منحصر على دلالة عموم (المؤمنون عند شروطهم) فلوكان مستند قوة دلالته عمل الاصحاب أيضاً ، لزم الدور .

ومـاترى من ترجيح عمل الاصحاب في غير المقام انما هو من جهة كشفه عن القرائن الخفية والادلة المعتضدة ، حيث احتملنا أنهم اطلعوا على مالمنطلع به ، بخلاف المقام لغرض انحصار مستندهم في عموم أدلة الشروط على مايظهر من كتبهم ، فالاولى أن يقال في الاستدلال بعموم أدلة الشروط على وجه تقدمعلى أدلة الخيار أن أدلـة الخيار مسوقة لبيان ثبوت الخيار بـأصل الشرع ، فلاينافي سقوطه بالمسقط الخارجي ، وهو الشرط الذي يجب العمل به شرعاً .

وهـذا الكلام بظاهره يشبه بالمصادرة ، اذ ذلك موقوف على تقديم أدلـة الشروط ، فلابد من ذكر بيان وجه التقديم .

فنقول : ان تعارض أدلة الشروط مع أدلة الخيار لايحصل الا بالتزام عمومهما بحسب الافراد وبحسب الاحوال ، فلو قلنا بعموم أحدهما أفراداً وأحوالا دون الاخر لكان مقدماً عليه ، ومالم يكن فيه عموم يصير محكوماً بالنسبة الى مافيه عموم.

وتوضيح ذلـك : أن الاحكام الجعلية في الشرع على قسمين : قسم ثبت في موضوعاته على وجه الاطلاق في كل الاحوال بحيث لايخرج عنه ولو طرأه عنوان آخر كالاحكام الالتزامية، لان أدلتها مسوقة لبيان الحكم على وجه العموم الافرادي والاحوالي ، فان وجوب الصلوة وحرمة الخمر انما جعل على سبيل الاطلاق لا على سبيل الاهمال ، فلايعارضها أدلة العناوين الاخر من وجوب النذر واستحباب اطاعة الوالدين وغيرها . ولذلك لاتتغير حرمة الخمر لو أمر الوالدان مثلا بشربه أو نذر المكلف شربه ، وكذلك ترك الصلاة ، فبأمر الوالدين والنذر وغيرهما لا لايتغير وجوب فعل الصلوة ولاحرمة تركها .

وقسم انما ثبت في موضوعاته لو خلي وطبعه على وجه الاهمال من دون نظر الى طرو العنوان الاخر، وذلك مثل الاحكام الغير الالزامية من الاستحباب والكراهة والاباحة التي يعم على الخيار وغيره .

فان جواز أكل التفاح مثلا وجواز الفسخ في المجلس أو في الايام في بيع الحيوان ، انمـا جعل في موضوعاتـه مـن دون نظر الى طروّ العنوان الاخـر كالاستحباب والكراهة . فان أدلتها مسوقة لبيان ثبوت تلك الاحكام الغير الالزامية بحسب أصل الشرع من دون أن يكون فيها عموم أحوالي ، فلو طرأ فيها عنوان آخر لكان الواجب رفع اليد عن تلك الاحكام الاصلية الثابتة باعتبار عناوينها الاولية.

والدليل على ذلك : أنـه لو كان لتلك الاحكام الغير الالزامية عموم أحوالي غير قابل للتغيير بسبب طرو العنوان الاخر كالنذر والقسم والعهد واطاعة الوالدين واجابة المؤمن وغيرها كالاعانة والاهانة والتعظيم فيما يجب ويستحب .

وهكذا لكان جعل تلك الاحكام الطارئة لغواً ، فيلزم حينئذ أن لايكون مورد لادلتها، فلابد من الالتزام بحكومة تلك الادلة على أدلة نفس الأحكام الثابتة بحسب أصل الشرع للفعل المنذور و المقسم له مثلا ، فتصير أدلة الشرط حالها كحال تلك الادلة في كونها مقتضياً لرفع اليد عن الحكم الثابت لنفس الشرط مع قطع النظر عن كونه في حيّز الشرط .

فحينئذ لايزاحم أدلة الخيار المقتضية له في نفسه لو خلي وطبعه مع أدلة الشروط المقتضية لوجوب الوفاء بها في كل حال من الاحوال، الا ماخرج ككونه مخالفاً للكتاب والسنة ، بل يشهد على هذا الاستثناء في بعض الاخبار على اعتبار أدلة الشروط على وجه العموم الاحوالي ، فتصير حاكمة على أدلة الخيار التي هي مسوقة لبيان ثبوته لو خلي وطبعه . فلاينافي لطرو عنوان آخر وكونه مقدماً عليه ولذلك وقع استشهاد الامام عليه السلام في كثير من الاخبار بعموم أدلة الشروط على مخالفة كثير من الاحكام الاصلية .

وأما الخبر الوارد في الباب الذي استدل بها في المقام ، فلعل ذلك البعض أراد منه صحيحة مالك بن عطية ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل كان له أب مملوك وكان تحت أبيه جارية مكاتبة قد أدت بعض ماعليها ، فقال لها ابن العبد : هل لك أن أعينك في مكاتبتك حتى تؤدي ماعليك بشرط أن لايكون لك الخيار بعد ذلك على أبي اذا أنت ملكت نفسك ؟ قالت : نعم ، فأعطاها في مكاتبتها على أن لايكون لها الخيار بعد ذلك ؟ قال عليه السلام : لايكون لها الخيار ، المسلمون عند شروطهم .

وظاهره وان كان في الشروط الابتدائية الا أنه محمول ـ بقرينة الاجماع ـ على الاشتراط في ضمن عقد لازم ، فيرد على الاستدلال به في المقام :

أولا : أنه خارج عن فرض الكلام ، اذ محل البحث صحة اشتراط سقوط

الخيار في العقد الذي كان الخيار له ، لا اشترط سقوط خيار عقد في عقد آخر مغاير له .

بعبارة أخرى : مفروض الكلام في خيار العقد الذي اشترط فيه سقوطه لا خيار العقد الاخر الذي هو مغاير لماوقع فيه الشرط . فالخبر لو تمت دلالتهانما يدل على الصورة الثانية ، لانه اشترط سقوط خيار فسخ النكاح في غيرعقد النكاح وهذا لايدل على صحة اشتراط سقوط خيار البيع فيه أو سقوط خيار فسخ عقد الا بضميمة الاجماع المركب أو عدم القول بالفصل لولم يكن فرق بين المقامين وهذا خارج عن الاستدلال بالخبر ، وسيأتي في فروع المسألة أنه هل فرق في سقوط الخيار بين اشتراطه في العقد الذي كان الخيار مجعولا فيه وبين اشتراطه في العقد الاخر المباين له أم لا .

وثانياً : أن ظاهر الخبر سقوط الخيار في الشرط الابتدائي ، وهذا لايصح الا أن نلتزم بلزوم الشروط الابتدائية ، مع أنه خلاف مااتفقوا عليه ، وتأويلهعلى صورة وقوع الاشتراط في ضمنعقد لازم بقرينة الاجماع على عدم لزوم الشروط الابتدائية حسن لوكان الحمل والتأويل منحصراً فيه . وأما اذا تعددتالاحتمالات وكان يمكن حمل الخبر على كل واحد منها ، فلايتعين حمله حينئذ علىخصوص كونه في ضمن عقد لازم .

ومن المحتملات حمل الخبر على مصالحة اسقاط الخيار ، فسقوط الخيار بالصلح لايستلزم سقوطه بالاشتراط .

ومن المحتملات حمل الرواية على الاستحباب مع ابقائه على الشرط الابتدائي فيصير قوله عليه السلام (لايكون لها الخيار) بمعنى لاينبغي لها الخيار .

هذا مضافاً الى أن الخبر في مورد اسقاط مالم يجب ، بمعنى أن الجارية حين الاشتراط لاتستحق الخيار ولايجوز لها الفسخ ، بل جواز الفسخ لها حق

بعد أداء مال المكاتبة وصيرورتها حرة ومالكة لنفسها ، كما يدل قوله (أن لايكون لك الخيار بعد ذلك على أبي اذا أنت ملكت نفسك). في الاشكالات الواردةعلى ذلك الشرط وهي وجوه :

(الاول) الاشكال العقلي ، تفطن له شيخنا العلامة « قده » ولم يسبقه أحد فيما نرى من الفقهاء، وهو يقرر على وجهين :

أحدهما : لزوم الدور ، اذ لزوم الشرط ووجوب الوفاء به، انما نقول بهاذا كان في ضمن العقداللازم ، فلزوم الشرط يتوقف على لزوم العقد، ولو توقف لزوم العقد عليه كما في المقام للزم الدور .

وثانيهما : لزوم اجماع المتنافيين في العقد الواحد ، اذ مقتضى كون العقد من العقود الخيارية جوازه ، ومقتضى الشرط لزومه فيجتمع الجواز واللزوم في شيء واحد فلايصح الحكم بلزوم الشرط مع فرض جواز العقد لكونه مما ثبت فيه الخيار .

فان صحة الشرط مستلزمة لطرو اللزوم على العقد مع أن اللزوم والجواز لا يجتمعان فيه ورفع اليد عن أحدهما المعين ليس بأولى عن رفع اليد عن الاخر والقول بلزوم الشرط دون المشروط تفكيك بين التابع والمتبوع في اللزوم والجواز.

والحاصل : ان قلنا باستلزام الشرط لزوم العقد المشروط به يلزم اجتماع المتنافيين والا يلزم التفكيك بين التابع والمتبوع في الجواز واللزوم .

وظاهر كلام شيخنا العلامة « قده » في كتابه في بيان الاشكال الوجه الاول ، حيث صرح بلزوم الدور وسكت عن ذكر اجتماع المتنافيين ، ولكن المنساق من جوابه هو الوجه الثاني ، حيث لم يتعرض لدفع الدور صراحة .

ونحن نشرع في الجواب عن كلا الوجهين ، وبه يلتئم كلامه ويتضح حقيقة مرامه . فنقول في دفع الاشكال على التقرير الاول : بأن لزوم الدور انما يكون

اذا قلنا باللزوم المعلولي في الشرط ، وأما اذا قلنا بلزومه استقلالا فلايتوجه الدور.

بعبارة أخرى : وجوب الوفاء بالشرط ان قلنا من جهة وجوب الوفاء بالعقد وكونه معلولا لوجوب الوفاء بالعقد ، فلو تمسك حينئذ بلزوم العقد من جهة الشرط للزم الدور المصرح ، وأما ان قلنا بوجوب الوفاء به من جهة (المؤمنون عند شروطهم) فلايلزم الدور قطعاً ، اذ لزوم العقد يتوقف على لزوم الشرط .

وأما لزومه فلايتوقف على لزوم العقد وليس بمستند له ، بل انما هو مستند الى الدليل الدال على وجوب الوفاء بالشرط، أعني (المؤمنون عند شروطهم) وخروج الشروط الابتدائية والواقعة في ضمن العقود الجائزة لايمنع لبقاء هذا الشرط وأمثاله بحسب عمومه ، فكلما ثبت بدليل خارج يؤخذ وبقي الباقي تحت عموم الشرط .

فحينئذ يتوجه الاشكال الثاني ـ أعني لزوم اجتماع المنافيين ـ اذ مقتضى لزوم الشرط من جهة (المؤمنون عند شروطهم) ثبوت اللزوم للعقد وكونه واجب الوفاء مع فرض جوازه وبقائه على الخيار ينتج اجتماع المنافيين أعني الجواز واللزوم في العقد الواحد .

فالجواب عن ذلك منحصر بالالتزام بالانقلاب، بمعنى أن العقد الذي كان مقتضاه الجواز ينقلب باللزوم لسبب لزوم الشرط، اذ مؤدي الشرط لزوم ذلك العقد المشروط به لوجوب الوفاء بالشرط عين وجوب الوفاء بالعقد، فاجتماع المتنافيين انما يلزم لو بقي العقد على جوازه، وأما اذا انقلب باللزوم بمقتضى لزوم الشرط فلايلزم اجتماع الجواز واللزوم، بل العقد بتمامه متصف باللزوم لاغيره نعم يتوجه حينئذ النقض بأمرين :

أحدهما : الهبة اذا اشترط لزومها ، فلازم ذلك الجواب صحة ذلك الشرط وانقلاب الهبة من الجواز الى اللزوم كالبيع الذي كان مع الجواز والخيار الى

اللزوم بواسطة الشرط، والايلزم اجتماع الجواز واللزوم .

وثانيهما: البيع الخياري اذا شرط فيه شرطاً آخرغيراللزوم بمعنى التزم في الشرط أمراً مغايـراً لالتزام أصل العقد ،كمااذا بيع الحمار واشترط في عقـده خياطة الثوب المعين مثلا . والوجه في ورود هذا النقض هو أن الشرط تابـع وبيع الحمار مثلا مشروط ومتبوع ، فالالتـزام بالشرط الذي هو تابع لابد أن يكون مع الالتزام بالمتبوع حتى يتحقق عنوان التبعية فلزوم الشرط مستلزم للزوم المشروط به، لان اللازم انما هو عنوان الشرطية، فلوكان الشرط لازماً دون المشروط به لخرج عن الشرطية .

وان شئت فقل : ان وجوب الالزام بالتابع لابد أن يكون في حال المتبوع والالتزام به، وان لم يلتزم بالمتبوع لم يلتزم بالتابع أيضاً، اذ نفي المتبوع والرجوع عنه نفي التابع أيضاً ، فلابد حينئذ القول بلزوم العقد بمجرد لزوم التابـع والا يلزم التفكيك بين التابـع والمتبوع في الجواز واللزوم ، سواء كان الالتـزام بالتابع عين الالتزام بالمتبوع ـ كما فيما نحن فيه ـ أوكان مغايراً لالتزام أصل العقد، الا أن لزومه مستلزم للزوم متبوعه كمافي مورد النقض .

وكيف كان لابـد من التفصّي عن النقضين اما بالالتزام بالانقلاب بأن كانت الهبة المشروطة باللزوم لازمة وبيع الحيوان مثلا في ثلاثة أيام لازماً اذا اشترط في عقده خياطة الثوب مثلا وغيره من الالتزامات المغايرة لالتزام أصل العقد ، أوخروج هذين الشرطين عن وجوب الوفـاء والالتزام به بالاجماع ، فان الهبة لاتكون لازمة بالاجماع ـ وان اشترط لزومها ـ اذ الجواز من الاحكام الثابتة للهبة وهو من مقتضياتها لمادل عليه الكتاب والسنة .

واشتراط اللزوم مخالف للكتاب والسنة، فلايصح بالاجماع لعدم جواز تبدل الحكم وانتقالـه وسقوطه كماهو ميزان في الامتياز بين الحق والحكم ، وكذلك

الاجماع قائم على خروج المشروط الذي كان في العقود الجائزة بالذات أو بالخيار وان كانت التفرقة في العقد الجائز بالخيار بين اشتراط لزومه وبين اشتراط لزوم شيء آخر في غاية الاشكال .

(الثاني) من وجوه الاشكال: أن هذا الشرط ، أعني شرط السقوط مخالف لمقتضى العقد ، وكل ماهو مخالف لمقتضى العقد باطل . أما الكبرى : فمسلّم بالنص والاجماع. وأما الصغرى : فلفرض اقتضاء العقد للخيار لقوله عليه السلام (البيّعان بالخيار) فلولا الشرط ثبت الخيار قطعاً، كما هو واضح .

وأجيب عن ذلك بوجوه شتى ، ولعل بعضها يرجع الى الاخر وان كانت ظواهرها مختلفة :

منها : ماصدر عن المشهور من أن ذلك الشرط ليس بمناف لذات العقد ومقتضاه، بل انما هو مناف لاطلاقه ، والشرط المنافي لاطلاق العقد لم يدل عليه دليل من النص والاجماع، بل مشمول لادلة الشرط فيجب الوفاء به .

وتوضيح ذلك: أن العقد لايقتضي الخيار بذاته وطبيعته من حيث هي حتى يصير الخيار من مقتضياته بحيث لايوجد العقد بدونه .

بعبارة أخرى: أن العقد بنفسه ليس علة تامة للخيار، بل انما يقتضي له لو خلي وطبعه، بأن لايكون مع الشرط ، فالمقتضي للخيار هو العقد مع عدم كونه مقروناً بالشرط ، وأما مع الشرط فلايقتضي الخيار ، فلايكون الشرط حينئذ منافياً لما اقتضاه العقد اذ العقد انما يقتضي بدون الشرط وأما مع الشرط فليس بمقتض للخيار، فلامانع حينئذ من صحة الشرط ، بخلاف ماكان العقد بنفسه مقتضياً له وعلة تامة له بحيث يقتضي الخيار لذاته، فان الشرط حينئذ مناف لمااقتضاه ذات العقد فيبطل، لان السنة دلت على كون العقد مقتضياً للخيار، فاشتراط عدمه يندرج في مخالف الكتاب والسنة .

وفيه : أن هذا الكلام وان صدر عن غير واحد من الاعاظم الا أنـه مصادرة لان الكلام فى صحة الشرط ، وصحتـه لاتحصل الا أن يقال : أن العقـد بدون الشرط يقتضي الخيار لا بذاته يقتضي لـه ومع الشرط لايقتضي للخيار ، فالخيار انماهو من مقتضيات اطلاق العقد، أي العقد الخالي عن الشرط .

فهذه دعوى ، وجعلها دليلا لصحة الشرط عين المصادرة ، فلابـد من اقامة الدليل على أن العقد بذاتـه لايقتضي الخيار ، بل انمايقتضي مع عدم الشرط ، لا جعله دليلا .

بعبارة أخرى : أن كون الشرط منافياً لاطلاق العقد، معناه أن للعقد حالتين، احداهما : اقترانـه بالشرط والاخر : عدم كونه مع الشرط ، فهو على حالة عدم كونه مع الشرط يقتضي الخيار ، ومع اقترانـه بالشرط لايقتضي له حتى يكون الشرط منافياً لمقتضاه فهذه الدعوى لو تمت فهي حسن، فلابد من اقامة البرهان عليها، لا جعلها برهانـاً ودليلا ، فحينئذ يحتاج في اثبات تلك الدعوى الى بيان شيخنا العلامة «قده» حسب ماسيذكر .

ومنها : ما حكي عن بعض من قارب عصرنا وذكره شيخ الفقهـاء أيضاً في جواهره ، وهو : أن العقد لايقتضي اللزوم ولايقتضي الجواز ، فالخيار واللزوم ليس من مقتضياتـه حتى يكون اشتراط عدمه منافياً لمقتضى العقد ، بل انها من الاحكام الثابتة للعقد بدليل خارج .

وفيه : أنه ان أراد أن الجواز واللزوم ليسا من مدلول العقد، فمسلّم الا أنه خارج عن محل الكلام، اذليس الاشكال من جهة أن الشرط مناف لمدلول العقد لان ماهومناف لمدلول العقد باطل بالاتفاق قطعاً ، ويعبّر عنه بالشرط المناقض للعقد ،كقوله : (بعتك بشرط أن لايتملك) وليس المقام من هذا القبيل، ولذاك لم يعبر عنه بمناقض العقد ، بل الاشكال من جهة أنـه مناف لمقتضى العقد وآثاره

الثابتة من الادلة .

وان أراد أنهما ليسا من مقتضيات العقد مع قطع النظر عن الادلة الخارجية ففيه: أن مقتضى العقد لابد أن يستفاد من دليل خارج، من الكتاب والسنة، فاللزوم يستفاد من (أوفوا بالعقود) والخيار من قوله (البيعان بالخيار) .

وليس المراد من مقتضى العقد استفادته من نفس العقد من دون دلالة الدليل عليه ، بل لازم ذلك الجواب : عدم الحكم بشيء من اللزوم والخيار بدون الشرط ، اذ العقد بنفسه لايقتضي أحداً منهما بناءاً على ذلك مع أن ذلك لايصح لعدم الواسطة بين الجواز واللزوم فلو التزم بأحدهما فلابد من الالتزام بالاقتضاء .

اللهم الا أن يوجه بأن المراد أن العقد لايقتضي اللزوم وعدم اقتضاء اللزوم عين الجواز، أو أن الجواز انما هو من جهة الاصل والقول بانقلابه من جهة الاطلاقات المثبتة للزوم ممنوع ، فانها مهملة ساكتة من هذه الجهة، الا أنها كما ترى تخلو من تكلف موجبة لرفع اليد عن التمسك بالاطلاقات التي لولاها لماينتظم استدلال في الفقه .

وكيف كان لا اشكال في اثبات الاطلاقات اللزوم للعقد ، وهذا نفس الالتزام بأن اللزوم حكم من مقتضيات العقد ، فان قوله (البيعان بالخيار) يثبت أن الخيار ثابت لنفس العقد وأنه من مقتضياته ، اذ المراد من مقتضى العقد الاثر الذي رتبه الشارع على العقد وجعله على أنه أثره وفائدته. وهذا انما يثبت بالدليل الشرعي، لأنه عبارة عن مدلوله الذي وضع اللفظ بأزائه حتى يقال أن اللزوم والجواز ليسا من مقتضيات العقد .

ومنها: ماذكره شيخنا العلامة الانصاري، تلويحاً هنا وتصريحاً في باب الشروط وحاصله : أن الجواز واللزوم من الاحكام الثابتة لموضوع، وهما كسائر الاحكام

الترخيصية كالاستحباب والكراهة والاباحة ، انما ثبت لموضوعاتها من حيث هي او خلّيت وطبعها من دون نظر الى طرأ عنوان آخر ، فلو طرأ عليها عنوان آخر من النذر والقسم والشرط مثلا فلايكون منافياً لها ، فان تجويز الفعل والترك مثلا انما هو من حيث ذات الفعل .

فلاينافي طروّ عنوان يوجب المنع عن الفعل أو الترك ، كاللحم مع اباحته في نفسه لاينافي عروض التحريم له من جهة الخلف على تركه ، أو الوجوب من جهة أمر الوالدين ، وكذلك في المقام ، فان الجواز ثابت لموضوع العقد من حيث هو فلاينافي اللزوم وسقوط الجواز من جهة الشرط .

ويرد عليه : أنه ان أراد من ثبوت الحكم للموضوع من حيث هو أن الموضوع انما لوحظ على سبيل الاهمال والاطلاق بأنْ لوحظ ذات الفعل ونفسه مع قطع النظر عن عنوان آخر ، فلاريب حينئذ أنه يسري على مورد الاشتراط أيضاً لصدق ذات الفعل على مااتصف بعنوان آخر طارىء عليه .

فذاك لم يكن جائزاً حينئذ لاستلزامه اجتماع الحكمين في الفعل الواحد لعدم كون العنوان الطارىء منوّعاً على الفرض لصدق عنوان ذات الفعل عليه ، فاجتماع الحكمين هنا لايجوز ولو قلنا بجواز اجتماع الامر والنهي ، اذ الاجتماع هنا اجتماع أمري ، فلايجوز بالاتفاق ، فان ذات الفعل من حيث هو اذا كان مباحاً مثلا ، بمعنى أن يكون الحكم ثابتاً له من دون تقييده بشرط عدم طروّ عنوان شرط أو نذر عليه .

فلابد أن يسري هذا الحكم مع صورة الشرط والنذر ، فاذا كان الشرط والنذر موجباً للحكم الوجوبي فيجتمع الوجوب والاباحة في الفعل الواحد الشخصي فلايجوز قطعاً ، وهذا نظير ماأوردناه على شيخنا العلامة « قده » أيضاً في باب البرائة حيث أجاب عن التنافي بين الحكم الواقعي والظاهري باختلاف موضوعهما ، فان موضوع الحكم الواقعي من حيث هو وموضوع الحكم الظاهري من حيث كونه

مشكوك الحكم .

وملخص الايراد : أنه لايرفع هذا الاختلاف والتغاير لان الحيثين تعليليتان لاتوجب تعدد الموضوع ، وليس جهة كونه مشكوكاً منوعاً للفعل ، بل يصدق مع وصف كونه مشكوكاً ذات الفعل .

ألا ترى أن الخمر المشكوك عين الخمر الواقعي ومتحد من جميع الجهات، فالخمر الواحد من حيث أنه خمر ، حرام ، ومن حيث أنه مشكوك ، مباح، يتناقض جداً واجتماع الحكمين اجتماع أمري بديهة .

نعم، لو كانت الحيثية منوعة ومقسمة للفردين، فيصلح الجواب لرفع التنافي لاختلاف الموضوع حقيقة ولكن في المقام منتف ، فان الموضوع الواقعي من حيث هو اذا طرأه وصف المشكوكية لم يخرج عن موضوعه الواقعي ولم يتعدد وكذلك فيما نحن فيه ، فان الفعل اذا لوحظ أولا من حيث هو موضوعاً لحكم الجواز والاباحة ، أو الاستحباب والكراهة لم يخرج عن هذا العنوان الواقعي اذا طرأه عنوان الشرط والنذر .

نعم ، لو لوحظ شرط في حكم وشرط آخر في حكم آخر بحيث يختلف الموضوع للتنويع لما يحصل التناقض حينئذ، وان أراد هذا المعنى بأن كان ثبوت الحكم للموضوع بشرط لا ، أي شرط عدم طروّ عنوان آخر ، ولوحظ الفعل مع وصف تجرده عن طروّ العنوانات الاخر في حكم الجواز والاباحة مثلا، فلا ينافي حينئذ ثبوت اللزوم والوجوب له مع طرو الشرط والنذر مثلا . فهذا حسن في نفسه وصحيح ، موجب لرفع اشكال التنافي ، الا أن ذلك دعوى تحتاج الى الدليل ، اذ ثبوت الحكم بشرط لا أول الدعوى ، فلايصار اليه مع اطلاق أدلة الاحكام ، الا بدليل خارجي ، وأنى له باثبات ذلك ، ولكن قد يستدل على ذلك بوجهين :

أحدهما : الانصراف ، بمعنى أن المنصرف من قوله « البيّعان بالخيار » ثبوت الخيار للعقد بشرط عدم اقترانه على شرط السقوط ، كما أن المنصرف من أدلة سائر الاحكام الترخيصيّة من الاستحباب والاباحة عدم طروّ عنوان آخر .

فيه منع واضح ، اذ دعوى الانصراف في تلك الادلة مع اطلاقها كقوله : (اللحم حكمه كذا والشيء الفلاني مستحب أومكروه) دعوى خالية على الدليل والبرهان .

وثانيهما: أن ذلك مقتضى الجمع بين أدلة تلك الاحكام وبين دليل الشرط، حيث أن مقتضى اطلاق دليل الحكم ثبوت الجواز للعقد ، سواءكان مع الشرط أولا، وثبوت الاباحة والاستحباب للفعل مع الشرط وعدمه، ومقتضى دليل الشرط أعني (المؤمنون عند شروطهم) وجوب الوفاء به ، سواءكان في تلك الاحكام المطلقة أوفي غيرها، فالجمع بينها يقتضي حمل الاطلاق على غير صورة الشرط.

وفيه : أن الجمع فرع التعارض بينهما ، وهو لايمكن في دليل الشرط لانه لايتعارض مع أدلة الاحكام بعد تخصيصه بمخالف الكتاب والسنة، فكل شرط مخالف لاطلاق الكتاب والسنة خارج عن بحث العموم .

ففي المقام بعد تسليم اطلاق دليل الخيار والاباحة ، لايعارضه دليل الشرط لانه يصير مصداقاً مخالفاً للكتاب ، فلاوجه للجمع ، اذ الجمع يحتاج الى التعارض،وهو يحتاج الى الالتزام باطلاق دليل الحكم، اذ لولا لمايحصل التعارض فبعد الالتزام بالاطلاق يسقط دليل الشرط عن الاعتبار . هذا مضافاً الى أنه لو فتح باب الجمع في دليل الشرط لم يبق لنا شرط مخالف للكتاب والسنة .

والتفت «قده» وقال في المقام : نعم، يبقى الكلام في دفع توّهم أنه لوبني على الجمع بهذا الوجه بين دليل الشرط وعمومات الكتاب والسنة، لم يبق شرط

مخالف للكتاب والسنة، بل ولا لمقتضى العقد .

وأجاب عن ذلك في هذا المبحث : بأنا حيث علمنا بالنص والاجماع أن الخيار حق مالي قابل للاسقاط، والارث لم يكن سقوطه منافياً للمشروع، فلم يكن اشتراطه اشتراط المنافي .

وأوضح منه في مبحث شرط المنافي لمقتضى العقد حيث قال ماحاصله : فان دل الدليل على ترتب الاثر على العقد بطريق الاطلاقات وجميع الحالات حتى يلزم التخصيص في ذلك الدليل على تقدير صحة الشرط ،كان الشرط حينئذ فاسداً وان دل على ثبوته للعقد لوخلي وطبعه بحيث لاينافي تغيير حكمه بالشرط حكم بصحة الشرط.

الى أن قال: ولوشك في مؤدى الدليل وجب الرجوع الى أصالة عدم ثبوت ذلك الاثر على الوجه الثاني ، أي على وجه لايقبل التغيير ، فيبقى عموم أدلة الشرط سليماً عن التخصيص .

وأوضح من هذا ما أفاده في مبحث الشرط المخالف للكتاب ، ان الحكم الثابت للموضوع قدثبت له من حيث نفسه ومجرداً عن ملاحظة عنوان آخر طارىء عليه ، ولازم ذلك عدم التنافي بين ثبوت هذا الحكم وبين ثبوت حكم آخر له اذا فرض عروض عنوان آخر لذلك الموضوع .

ثم ذكر صورة ثبوت الاطلاق وحصول التنافي ، وذكر عدم الاشكال في انقسام الحكم الى القسمين، ثم استشكل في تمييز مصداق أحدهما عن الاخر في كثير من المقامات .

الى أن قال : فينبغي للمجتهد ملاحظة الكتاب والسنة، والتأمل فيها حتى يحصل التميز ، وان لم يحصل بنى على أصالة عدم المخالفة فيرجع الى عموم (المؤمنون عند شروطهم) ومرجع هذا الاصل الى أصالة عدم ثبوت هذا الحكم

على وجه لايقبل تغيره بالشرط... انتهى .

وملخص الجواب: أن حال الحكم الثابت للموضوع باعتبار استفادته من الكتاب والسنة على صور ثلاثة: قسم نعلم بسرايته في كل حال من الحالات حتى في مورد الشرط لعدم قبوله للتغيير. وقسم نعلم بعدم سرايته قطعاً بل يختص في حال عدم الشرط . وقسم مشكوك بينهما .

أما القسم الاول : فلااشكال في بطلان الشرط، لانـه مورد يخالف الكتاب والسنة .

والثانـي : لا اشكال في الصحة كما ذكر في المقام ، حيث علمنا بالنص والاجماع أن الخيار من القسم الثاني قابل للاسقاط، فليس الشرط منافياً .

وأماالقسم الثالث: أعني ماكان الشك في صحة الشرط من جهة الشك في كونه مخالفـاً للكتاب ومنافياً له ولمقتضى العقد، فبنى أولا الى أصالة عدم كونه مخالفاً أومنافياً، ثم الى عموم (المؤمنون عند شروطهم) .

أقول: وفي كليهما مناقشة واضحة، أماأصالة عدم كون الشرط مخالفاًأومنافياً فلعدم الحالة السابقة لهذا الشرط حتى يستصحب، مع أنه معارض بمثله، وحيث أنه «قده» تفطن لذلك وقال في اصلاح ذلك: أن مرجع هذا الاصل الى أصالـة عدم ثبـوت هذا الحكم على وجه لايقبل تغيّـره بالشرط ، يعني عدم المنافـاة والمخالفة لايثبت الا بعدم الحكم على هذا الوجه، وحيث أن جعل الحكم على الوجه الغير القابل للتغيير خلاف الاصل فيثبت عدم المخالفـة ، الا أنه يرد على أصالـة عدم جعل الحكم على الوجه الغير القابل للتغيير : أن ترتـب عدم كون الشرط مخالفاً من اللوازم العقلية ، فهو مبني على الاصول المثبتـة التي لانقول بها ، مضافاً الى أنه معارض بالمثل لاصالة عدم جعل الحكم على الوجه القابل للتغيير .

وأما عموم (المؤمنون عند شروطهم) فتقريب كونه مرجعاً في المقام أن يقال أن مقتضاه وجوب الوفاء بكل شرط ، غاية الامر أنه خرج عنه بعض الشروط وهو الشرط الذي ثبت كونه مخالفاً للكتاب أومنافياً لمقتضى العقد، فيبقى المشكوك في كونه مخالفاً للكتاب أومنافياً لمقتضى العقد تحت العموم، فان المخصص اذا دار أمره بين الاقل والاكثر وجب العمل بالعام في غير الاقل الذي هو المتيقن من الخروج .

هذا ويشكل ذلك حينئذ بحصول التنويع في الشروط بمخالف الكتاب وغير مخالف الكتاب ، فالاول باطل قطعاً دون الثاني ، فاذا دار حال الشرط الخارجي في كونه مصداقاً للمخالف أم لا ، فلاينفع التمسك بالعام لكون الشبهة مصداقية .

بعبارة أخرى: أن مقتضي مادل على عدم صحة الشرط المخالف للكتاب الذي يرجع اليه المنافي لمقتضى العقد أيضاً كون الشرط على نوعين (أحدهما) ماهو مخالف للكتاب، وهو غير صحيح. و(الثاني) موافق له وهو صحيح، فعند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أوموافقاً لايمكن التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) في صحته لانه من قبيل التمسك بالعام في تعيين المصداق، فلايجوز ذلك على التحقيق المختار كماشرحناه في الاصول .

وملخص الوجه في عدم الجواز : ان لفظ العام وان كان ظاهره مشمول على جميع الافراد والمصاديق من غير قصور، ومقتضى ذلك فرديته لكل مايصدق عليه ذلك العام ويشمل له ، ولازم ذلك اسراء العام على مصاديقه المشمولة ، الا أن ذلك انما ينفع اذا قلنا بكون تلك الافراد مراد المتكلم، فان المتكلم في مقام بيان الحكم لابد أن يشخص مراده من العام، حيث أنه قابل للتخصيص فاللفظ وان كان صالحاً للمعنى الظاهري الا أنه لم يكن موجباً لمرامه ، فلابد من تشخيص مراده

من طريق اما يفيد القطع على المراد أو يعتمد عليه بناء العقلاء ، وهو فـي المقام أصالة العموم ، حيث أن المتكلم في مقام بيان الحكم وكان اللفظ صالحاً وشاملا للافراد ، ويجب عليه أيضاً بيان مراده لئلا يلزم الاغراء .

فنحكم بأن الاصل ارادة المتكلم جميع الافراد ، ونحرز مراده بالاصل لئلا يلزم القبح عليه ، وحيث كان احراز مراده بالاصل بمعنى أن العقلاء يقبحونه لولم يرد العموم بحسب الاقتضاء فـي ذلك فيما كان بيان مراده لازماً عليه وكان بيانه وظيفة له .

فيقال حينئذ : أن العقل يقبح المتكلم لولم يرد العمـوم اذ يلزم عليه بيانه ، فينتج ذلك التمسك بالعموم فيما كان بيان المراد وظيفة له ، وعدم جوازه فيما لم يكن البيان وظيفة لـه .

فنقول : اذا قال المتكلم : (أكرم العلماء) بيّن مراده بأصل العموم، وقال: (لاتكرم زيداً العالم) أو (لاتكـرم الفساق) كان المراد أيضاً منها معلـوماً ، فالشك في كون الشخص الخاص الخارجي هل هو عالم أوفاسق ، أو دار الامربين كونه زيداً أوغيره من العلماء ليس من وظيفة المتكلم حتى يجب بيانه عليه ويلزم من عدم جريان أصالة العموم حينئذ قبح عليه .

والحاصل : لايمكن التمسك بأصالة العموم الا فيما كان لولاه يلزم القبح على المتكلم ففي الشبهات المصداقية لايتمسك بأصالة العموم لعدم لزوم القبح عليه، لان المتكلم انما هو بيّن مراده، وتشخيص الافراد وطريق الامتثال ليس من وظيفته، بل المكلف يلزم عليه التجري والتفحص في تشخيص الافراد . هذا مجمل الكلام .

وكيف كان، التمسك بعموم أدلة الشروط عند الشك في كون الشرط مخالفاً للكتاب أم لا، مع العلم بخروج المخالف عن تحت العموم كان من قبيل التمسك بالعام في الشبهة المصداقية الذي لايجوّزه شيخنا العلامة « قده » كما هو المختار

الا في بعض الموارد المحصورة ، كما اذا كان المخصص عقلياً وثبت التخصيص باللب كقوله (كل بني أمية ملعون) يخصصه العقل بغير شيعي ، فعند الشك في كون الشخص الفلاني المعلوم كونه من بني أمية أنه هل هو شيعي أم لا، فيجوز لعنه بالتمسك بالعموم ، لعدم حكم العقل عند الشك ، فيصير الشك حينئذ في أصل التخصيص وكما اذا كان المخصص منفصلا ومسوقاً لبيان حكم آخر .

وكيف كان ، قال شيخنا الأستاد (دام ظله) في مجلس البحث توجيهاً لما أفاده شيخنا العلامة « قده » من التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) : عند الشك في كون الشرط منافياً لمقتضى العقد أو مخالفاً لما دل الكتاب والسنة على ثبوت الحكم على خلافه لوجهين :

أحدهما : أن التمسك بالعام في الشبهة المصداقية لايجوز اذا علم بخروج أفراد من تحته ، ويقع الشك في أن الفرد المخصوص هل هو من تلك الافراد الخارجة أو الباقية، ولكنه يجوز في أمثال المقام وهو أنه علم الافرادالمخصوصة خروجها ، ولكن يقع الشك في خروج فرد آخر عن الافراد المعلومة ، فأصالة عدم الخروج بحكمه أيضاً . مثال ذلك : اذا قال (أكرم العلماء) ، ثم خصص ذلك بـ (لاتكرم الفساق) ونعلم أن الفساق محصورون في عشرة أشخاص مثلا، بمعنى أن أفرادها المعلومة هذه العشرة ، ونحتمل أن زيداً أيضاً من أفراده غير العشرة حتى يصير العام بالنسبة اليه مخصصاً، فحينئذ نتمسك بالعام ونحكم بالعموم بحكم أصالة عدم التخصيص . وذلك مبني على كون العموم بالنسبة الى أفراده مرآتياً ، فالعام يستوعب كل أفراد العالم فرداً فرداً على سبيل المرآتية ويشمله . والخارج المعلوم في المثال عشرة ، وفي زيد يصير الشك في تخصيص زائد وان كان باعتبار اندراجه تحت الفاسق . ومرجع ذلك الى استصحاب العموم وعدم خروج هذا الفرد المشكوك عن تحت العموم .

والحاصل : بناءاً على دلالة العموم على سبيل المرآتية يصير خروج كل فرد فرد ولو باعتبار اندراجه تحت المخصص تخصصاً زائداً ، فعند الشك يقال : الاصل بقاء العموم بالنسبة الى هذا الفرد المشكوك في كونه من مصداق العام أو مصداق الخاص . فان قلت : كل موارد الشك من هذا القبيل ، فأين مورد عدم جواز التمسك بالعام ؟.

قلت : فيما كان الشك في عدد المحصورين الخارجين كالعشرة في المثال المذكور ، فاذا وقع الشك في أن زيداً هل هو من العشرة الفسقة الخارجة عن تحت العلماء بقوله : (لاتكرم الفساق) أم غيرهم ؟ فلايجوز حينئذ التمسك بالعام لعدم جريان أصالة عدم الخروج في هذا الفرد لابتلائها بالمعارض بالنسبة الى فرد آخر لمكان العلم وكون الفرد من أطراف العلم الاجمالي ، بخلاف صورة الشك البدوي كما في المقام .

فان الشروط المخالفة للكتاب معلومة من الخارج، أعني في كل ماكان الحكم لا يقبل التغيير وسرى في جميع الحالات حتى في صورة ما اشترط على خلافه فلهذا القسم أفراد معلومة لنا . ولكن يقع الشك في أن هذا الشرط الذي هومحل البحث مثلا ،كما لو وقع الشرط على سقوط الخيار هل هو أيضاً من أفراده زائداً على ماعلمنا أي فرد من مخالف الكتاب ومناف لمقتضى العقد حتى يصير باطلاكسائر الافراد المعلومة دخولها تحته . أم تصير الشبهة في ذلك المصداق بدوية ، فيجوز التمسك بالعام في الشبهة البدوية المصداقية بناءاً على كون دلالة العام لمصاديقه من باب المرآتية لجريان أصالة عدم الخروج ، أي عدم خروج هذا الفرد عن تحت العموم بعد فرض شمول العموم له وكونه مندرجاً تحت العام فيستصحب العموم ويحكم به حتى يحصل العلم بالخروج تفصيلا أو اجمالا ؟.

أقول : فرض شمول العموم لهذا الفرد المشكوك ان كان بحسب المرادمن

العام ـ أي أن المتكلم أراد هذا الفرد من العام واقعاً ـ فليس له حينئذ حالة سابقة لوقوع الشك في ارادته أولا . كما أنه ليس لهذا الفرد حالة سابقة بالنسبة الى الحكم الواقعي وان كان بحسب الحكم الظاهري فليس في ذلك لجريان الاصل مسرح. والحاصل: عدم جريان الاستصحاب في كلا الصورتين ، أما بالنسبة الى المراد من الحكم الواقعي ، فليس له حالة سابقة ، وأما بالنسبة الى الحكم الظاهري ـ أعني أصالة العموم ـ فلم يجر الاستصحاب في الاحكام الظاهرية لتغير موضوعها .

ففي المقام اعتبار أصالة العموم اما من جهة أصالة الحقيقة فهي قد تغيرت قطعاً لورود التخصيص على العام ، فلامجري للاصل حينئذ . وان كان من باب الظهور وبناء العقلاء فهو حسن في مورد يلزم التبح على المتكلم لولم يرد العموم وظاهر اللفظ مع كونه في مقام البيان حينما كان البيان من وظيفته هو اصالة العموم وأما في مورد الشك في الاندراج والشبهة في المصداق ، فلامجرى لاصالة العموم لعدم كون بيانه من وظيفته .

وثانيهما : ماهو المتعين فيما أراده شيخنا العلامة الانصاري « قده » عند التمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) أن الشك في أن شرط السقوط هل هو مخالف الكتاب ولمقتضى العقد أم لا ؟ مرجعه الى الشك في مقتضى العقد والكتاب بمعنى أن حكم العقد في كتاب الله تعالى والسنة مشكوك لنا ، هل هو مجعول بحيث لايتغير أو بحيث يقبل التغيير ومن المعلوم بيان ذلك من وظيفة الشارع . فحيث لم يعلم حال المخصص، فيكون المرجع عموم (المؤمنون عند شروطهم) لكون الشبهة في مفهوم المخصص، فيجوز التمسك بالعام في الشبهات المفهومية.

ففي المقام وان كان لفظ المخالف للكتاب مبيّناً باعتبار معلومية مفهوم الموافقة والمخالفة ، الا أن الاجمال باعتبار مايستفاد من الكتاب فيصير مخالف الكتاب

في خروجه عن عموم (المؤمنون عند شروطهم) كالفاسق في خروجه عن قوله (أكرم العلماء) بالنسبة الى من ارتكب الصغيرة للشك في معنى الفاسق ، هل هو بمعنى مطلق العاصي بمعصية صغيرة وكبيرة ، أو بمعنى خصوص المرتكب للكبيرة .

فعلى ذلك نقول: أن شرط شرط الخيار في البيع صحيح بمقتضى (المؤمنون عند شروطهم) وليس بمخالف الكتاب ومقتضى العقد حتى يندرج تحت المخصص أعني ما خالف الكتاب - فيصير باطلا، لعدم ثبوت الخيار للبيع من قبيل الاحكام التي لايقبل التغيير، بل ثبت بالنص والاجماع أنه قابل للتغيير والاسقاط. ومع الاغماض عنهما وفرض حصول الشك كفانا أصالة عدم جعل هذا الحكم - أعني الخيار - في مورد الشرط. فمع المناقشة في ذلك بأنها معارض بمثلها أو من الاصول المثبتة، وليس لها أثر شرعي .

نقول : لاأقل من الشك ، فحيث كان بيان ذلك من وظيفة الشارع ، نتمسك بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ولاينتقض بشرط اللزوم في الهبة ، لما ثبت بالنص والاجماع : أن الجواز فيها مما لايتغير بشرط .

وملخص الكلام : أن مما ثبت التغير بالنص والاجماع وعدمه بهما نعمل بمقتضاهما ، وعند الشك في التغير كان المرجع عموم أدلة الشروط المبطل لاصالة الفساد فيها .

ومنها ، أي من الوجوه الرافعة للاشكال الواردة في المقام ، ماأفاده شيخنا الاستاد (دام ظله العالي) : أن الاحكام اما الزامية ، أو ترخيصية ، أو وضعية .

أما في الالزامية - كالوجوب والحرمة - فشرط الفعل في الاول والترك في الثاني - كالاستحباب والكراهة - لاضير فيه ، لانه مؤكد وليس بمخالف الكتاب. ولكن عكس ذلك ، أي شرط الترك في الواجب والمستحب ، وشرط الفعل

في الحرام والمكروه باطل ، لكونه محرماً للحلال ومحللا للحرام .

وأما الترخيصية: فيجوز شرط الفعل والترك فيها بناءاً على أنه ليس فيها جعل من الشارع ، بل انما يكون من قبيل الامضاء واللاحرج ، وهذا هو المعبر عنه بموارد البرائة وعدم القبح في الفعل والترك ، فلايندرج الشرط لافعلا ولا عدماً بمحلل الحرام ومحرم الحلال ، وليس بمخالف الكتاب .

نعم ، على القول بالاباحة فيها ، بمعنى جعل الحكم الشرعي في الاحكام الترخيصية يصير شرط الترك منافياً للكتاب ، ويتوجه عليه ماأوردناه على شيخنا العلامة « قده » من التنافي في الحكمين والاجتماع الامري .

وهذاهو الذي عبرناعنه سابقاً بموارد الاباحة، حيث قلنا: أن الفعل الترخيصي على قسمين : قسم من مجاري أصالة البرائة وقسم من مجاري أصالة الاباحة ،وهي منحصرة في أنواع أربعة : المآكل ، والمشارب، والملابس ، والمناكح ،ويعبر عنها العرفاء : بالحلق والجلق والدلق .

ففي القسم الذي هو من مجاري البرائة ـ وهي غير الانواع الاربعة ـ لاحكم فيه ، فيجري فيه أدلة الشرط من دون جريان الادلة المخصصة ـ أعني مخالف الكتاب ومنافيه ـ ففي القسم الثاني شرط تركه لاضير فيه وان شئت أوضح من ذلك، فراجع ماكتبناه آنفاً .

ولكن شيخنا الاستاد (دام ظله) في هذا المقام لم يفصّل بهذا التفصيل، بل ذكر أن الاحكام الترخيصية حيث كانت مجرد الامضاء واللاحرج ، فلاينافي مع الاشتراط بشيء، فيتبل للشرط وجوداًوعدماً. وأماماكان من قبيل الاسباب والاحكام الوضعية ، فشرط منافيه ومخالفه فيندرج في مخالف الكتاب قطعاً، وجوداً وعدماً فيشكل حينئذ بالنسبة الى شرط الخيار واللزوم ، حيث أنهما من الاحكام الوضعية تابعة لاسبابها .

والذي يسهل الامر من ارجاع الشرط الى شرط فعل ، اما بأن يقال : أن الاقالة فعل جائز للمتبايعين ، أو ليس من الانواع الاربعة ، فشرط السقوط يرجع الى شرط ترك الاقالة ، فلا ضير في ذلك . أو يقال : أن شرط السقوط يرجع الى شرط الاسقاط بعد حصول البيع ، فيصير من شروط الفعل الذي لم يندرج بمخالف الكتاب والسنة .

فهذا الميزان وان كان موافقاً لميزان شيخنا العلامة « قده » في النتيجة ــ أي في الحكم على صحة شرط السقوط ــ الا أن شيخنا العلامة « قده » أخرجه عن شرط الحكم المخالف للكتاب ، بدعوى كون الحكم قابلا للتغيير ، وليس ثبوته على سبيل الاطلاق حتى ينافيه ، فان كونه قابلا للتغيير ، اما من جهة النص والاجماع حيث لم يكن النص مجملا في الدلالة ، أومن جهة التمسك بالنص وعموم (المؤمنون عند شروطهم) مع الشك في دلالة النص في أنه على وجه الاطلاق والاهمال القابل للتغيير والاسقاط .

وأما على ماسلكه شيخنا الاستاذ (دام ظله) فلابد من ارجاعه الى ترك الفعل ، أي الاقالة ، أو شرط نفس الفعل أي الاسقاط ، فيصح المطلب ويتم الكلام على كليهما وان كان باختلاف المدارك.

(الثالث) من الاشكالات الواردة على الاشتراط ماحكي عن بعض الشافعية : أن اسقاط الخيار في ضمن العقد لمالم يحصل بعد ، بمعنى أنه اسقاط لامر معدوم لان الخيار لايحدث الابعد تحقق البيع. فاسقاطه فيه كاسقاطه قبله ، اسقاط لما لم يجب .

فيه : من الاشتباه مالايخفى ، من أن الاسقاط الذي وقع عليه الشرط ، انما هو بعد العقد ، بمعنى أنه بعد العقد يحدث الخيار ، فبشرط اسقاطه بعد حدوثه ، لا أن

الاسقاط حين العقد أو قبله حتى يقال . أن الخيار لم يتحقق ، فكيف يسقط مالم يوجد.

وقدأجاب شيخنا العلامة « قده » بما محصله : أن مرجع شرط السقوط الى اشتراط عدم الخيار وعدم ثبوته من أول الامر، فالشرط حينئذ مانع عن ثبوت الخيار ، لا أنه ثابت حتى يسقط ، فيقال : اسقاطه قبله لايصح.

(الرابع) من الاشكالات : أن الشرط والاشتراط بمعنى الالتزام والالزام فشرط السقوط أو اللزوم شرط النتيجة ليس قابلا للالتزام والالزام، لانه أمر خارج عن قدرة المشترط .

والجواب : أولا بالنقض على شروط النتائج ،كشرط الوكالة والرهانة والوقف والعتق وغيرها مما هو يقرب صحته أن يكون مجمعاً عليه ، حيث أن المحققين ذهبوا الى ان أمثال هذه الشروط لاتحتاج الى ايجاب المسبب، بمعنى أنه يجب على المشترط عليه ايقاع السبب وان امتنع فعلى الحاكم أن يوجد السبب ، بل بمجرد حصول الشرط في ضمن العقد اللازم تحصل تلك النتائج .

وثانياً : بالحل، بأن مرجع تلك الشروط الى اشتراط ترتب الاثار ، بدلالة الاقتضاء ، حيث أن نفس النتيجة ليس بمقدور حتى يشترط عليه ، فيرجع الى اشتراط ترتب آثار الوكالة والرهانة والوقف والعتق ، وكذلك في المقام يؤل شرط السقوط الى ترتب آثار اللزوم، من عدم جواز الفسخ وبقائه على الملكية السابقة وعدم تسلطه على المال الا باذنه وهكذا ، فهذا أمر مقدور، فيؤل شرط النتيجة الى شرط آثارها بعد قيام الدليل على صحته .

بقي الكلام في المقام الرابع، أعني بيان حال الشرط اذا تعلق بغير السقوط كمااذا اشترط عدم الفسخ أو الاسقاط. أماشرط عدم الفسخ، فلا اشكال في وجوب الالتزام به بمقتضى (المؤمنون عند شروطهم) لعدم ابتلائه بالمعارض من جهة

اثبات الحكم التكليفي الايجابي، وانما الاشكال في نفوذ الفسخ وتأثيره اذا خالف الشرط ووجوب الالتزام به ، فهل يؤثر اذا فسخ أم لا؟ وجهان ، ويدل على الاول عموم أدلة الخيار فانه يدل على ثبوت حق الخيار مطلقاً ، ومعنى ثبوته ليس الا تأثيره ولايعارضه دليل الشرط ، لانه انما يدل على وجوب الالتزام بترك الفسخ ، فهو لايوجب فساده .

وبعبارة أخرى : أن مقتضى قوله (البيعان بالخيار) اثبات الحكم الوضعي وبيان السببية وتأثير الخيار كقوله (اذا التقى الختانان وجب الغسل) حيث يدل على سببية الالتقاء للغسل ، وهذا لاينافي وجوب الفسخ أو وجوب تركه كما ان الخبر الشريف يدل على كيفية الالتقاء فيجتمع مع الوجوب والحرمة ، حيث لاتنافي بين الحكم الوضعي والتكليفي في أمثال المقام . وقد مثل لذلك شيخنا العلامة « قده » بيع منذور التصدق ، فيصح وان خالف النذر وحصلت الحرمة والحنث .

ويدل على الثاني : (المؤمنون عند شروطهم) وقواه شيخنا العلامة « قده » بتقريب أن عمومه الاحوالي يقتضي الالتزام بعد الفسخ في جميع الحالات، سواء فسخ أم لا، فبعد الفسخ أيضاً يجب ترتيب آثار الشرط ـ أعني عدم الفسخ ـ نظير ما لو باع منذور التصدق ، حيث ذهب غير واحد الى ترتيب آثار النذر ولو بعد البيع .

ويدفعه : أن لسان عموم (المؤمنون عند شروطهم) ليس الا وجوب الالتزام بالشرط مهما أمكن، وليس بناظر بحال الموضوع ـ أعني تأثير الفسخ وعدمه ـ فاذا قلنا بنفوذ الفسخ فلايبقى محل لوجوب الالتزام والوفاء بالشرط ، والعموم الاحوالي لاينفع في اثبات عدم الفسخ والالتزام به الاعلى ماسنذكر بيانه .

وأما بيع منذور التصدق فالتحقيق أن يقال: بعد تعارض أدلة النذر وعمومات

البيع، دار الامر بين التخصيص والتخصص فاذا قلنا بتقديم أدلة النذر وتحكيمها على دليل البيع يلزم التخصيص في أدلة البيع، لانه يصير الحاصل أنه : يجب ترتب آثار كل بيع ويحل الابيع منذور التصدق ، فلايجب ترتب آثار البيع، بل يجوز للبائع دفع المنذور للصدقة ولوكان مبيعاً .

وأما اذا قلنا بتقديم أدلة البيع، يلزم التخصص لانتفاء محل النذر وموضوعه، فصار كالتلف لاشتراط الوفاء بالنذر على بقاء المنذور وامكان الوفاء بالنذر، فكما عند التلف لايحصل الحنث فكذلك عند التلف الشرعي، اذ بناءاً على صحة البيع يخرج الوفاء عن كونه مقدوراً للناذر .

وأما التحقيق في محل البحث أن يقال: أن الفعل قديكون من قبيل مالاحرج في فعله ممالاحكم له من الاحكام الوضعية : وقديكون من قبيل الاسباب، وقدثبتت له أحكام في الشرع .

أما القسم الاول ، فلاريب في وجوب الوفاء بمقتضى الشرط فيه وجوداً وعدماً ، فان عموم (المؤمنون عند شروطهم) سليم عن المعارض كما اشترط في البيع مثلا فعل أمر سائغ أو تركه .

وأما القسم الثاني ـ أعني ماكان من قبيل الاسباب ـ فتارة يقع الشرط على تركه ـ كما فيما نحن فيه ـ كأن شرط ترك الفسخ ، فهل يؤثر الفسخ لوخالف الشرط وثبت له أحكامه الثابتة له في الخارج أم لا؟ ، وأخرى: يقع الشرط على فعله كما في صورة اشتراط الوكالة والهبة والرهانة والبيع وغيرها، فهل تترتب عليها أحكامها المنافية لعموم (المؤمنون عند شروطهم)، أم مقتضى وجوب الوفاء بالشرط سقوط أحكامها؟ فيقع الاشكال في هذه الصورة تارة في نفس الاحكام الثابتة وأخرى بالنسبة الى جواز أمر مضاد له ، حيث أن مقتضى وجوب الشرط ايجاد المشروط فيخالف الشرط ويوجب ضد الشرط ، كما اشترط صدقة شيء أو نذر التصدق به

فخالفه بايجادضده ـ كما لو باع ـ فهل يحكم بصحة ذلك الضد، أعني البيع أم لا؟ فهذه صور ثلاثة .

أما الصورة الاولى : أعني مالو شرط ترك فعل من الاسباب والمعاملات ، فالكلام فيها من جهة أنه لو خالف الشرط وأوجد الفعل ، هل تثبت له الصحة ويترتب عليه أثره أم لا ؟ كما لو باع شيئاً بعد شرط تركه وفسخ البيع بعد شرط تركه .

أما وجه الصحة واضح لاطلاق دليله . ولكن يستدل على فساده وعدم تأثيره بوجهين :

(الاول) : ما عن « المستند » أن الفعل بمخالفة الشرط يصير حراماً ومنهياً عنه ، والنهي في المعاملات يوجب الفساد، فالفسخ بعد اشتراط تركه غير نافذ، لانه اذا كان تركه واجباً يصير فعله منهياً عنه ، والنهي اذا تعلق بنفس المعاملة يقتضي الفساد كما هو مسلك الفقهاء ، فلا يزال يتمسكون على فساد المعاملات بتعلق النهي عليها ، سواء كان النهي لفظياً أم لا .

فيه : أن النهي في المقام لم يتعلق بنفس المعاملة ، بل انما تعلق بأمر خارج تصادق على المعاملة كالبيع وقت النداء ، فانه حرام ومنهي عنه ، وانما تعلق النهي على عنوان التفويت الصادق على البيع ، فمجرد كونه مصداقاً للحرام وبعنوان المنهي منه لايوجب الفساد ، اذ الحرمة في المعاملة يجتمع مع صحتها كما اتفق عليه الاصوليون : أن النهي في المعاملة لايوجب الفساد .

فالوجه فيه : أن النهي حينئذ انما يوجب حرمة البيع وقت النداء والفسخ بعد شرط تركه ، ومعلوم أن مجرد كونه حراماً يجتمع مع الصحة لعدم المنافاة عقلا بين الصحة والحرمة . وهذا هو المراد مما اتفق عليه الاصوليون ، ولاينافي ذلك ما استدل به الفقهاء من فساد المعاملة اذا تعلق بها النهي ، اذ استدلالهم انما

هو اذا تعلق النهي بنفس المعاملة لا بأمر خارج ، كما اذا تعلق النهي بالبيع الربوي ونكاح مانكح الاباء وغيرهما مما تعلق النهي باعتبار أجزائه وشرائطه ، كبيع الخمر وبيع الصرف مالم يقبض في المجلس وهكذا والوجه في ذلك أحد أمرين :

أحدهما: حمل النهي على الارشادي كما هو الشأن في المعاملات اذا تعلق بها النهي، فيدل على عدم صحة تلك المعاملة حيث أن النهي سيق لبيان الواقع، بمعنى أن وجود تلك المعاملة كعدمها لا تترتب عليها الاثار لانتفاء شرطها أو جزئها أو عدم كون نفس المعاملة سبباً للنقل والانتقال عند الشارع، فالربا ونكاح مانكح الاباء وبيع الخمر ليس بصحيح عند الشارع ، فلسان النهي حينئذ لسان الاخبار عن الفساد. وعدم امضاء الشارع لها بنفسها أو بجزئها أو بشرطها .

وثانيهما : ماثبت بدلالة الاقتضاء ، حيث أن نفس المعاملة واتحاد الصيغة ليست له حرمة ذاتية، اذ من المعلوم اتحاد صيغة البيع في الخمر والتلفظ بقوله بعث الخمر أو التلفظ بنكاح مانكح الاباء ليس كالغيبة وغيرها من المحرمات الذاتية ، بل انما حرمته حرمة تشريعية ، فلابد أن يكون تعلق النهي بها بدلالة الاقتضاء راجعاً الى ترتب الاثار وحرمته كأن يقال نفس (بعت الخمر) والتلفظ لايصير حراماً ذاتياً، فاذا تعلق به النهي ثبت ـ بدلالة الاقتضاء ـ حرمة آثار البيع عليه كحرمة الاعيان المحرمة، حيث اذا تعلق النهي بها يرجع الى آثارها المناسبة كحرمة أكل الميتة والخمر وغير ذلك .

وكيف كان ، ليس النهي في المقام من موارد المتفق عليه الفقهاء من دلالة النهي على الفساد فظهر وجهه مما بيّنا، كما ظهر وجه عدم المنافاة بين ما اتفقوا عليه في الاصول وبين ما اتفقوا عليه في الفقه، حيث أن نظرهم في الاصول: التجمد على لفظ النهي ونفس ثبوت الحرمة للمعاملة، فان مجرد الحرمة لايقتضي الفساد كالعبادات. ونظرهم في الفقه : بالوجهين الذي بيّنا . وامتياز المقامين موكول

الى نظر الفقيه. فلاريب فيمانحن فيه: أن النهي انما تعلق على مخالفة الشرط، فهذا لايوجب عدم نفوذ الفسخ وبطلانه كماحكي عن النراقي .

(الثاني): اقتضاء عموم (المؤمنون عند شروطهم) على وجوب الوفاء بالشرط في كل حال من الحالات حتى بعد الفسخ ، فيجب ترتب آثار عدم الفسخ في جميع الحالات ، فان الشرط عبارة عن عدم الفسخ ، ووجوب ترتب آثاره عبارة عن عدم الاعتناء بالفسخ ونفوذه وتأثره، بل يجب تنزيل الفسخ منزلة العدم وترتيب آثار عدم الفسخ . فان قلت : ان دليل الشرط لايقتضي الا وجوب الالتزام بعدم الفسخ ، وأما تأثر الفسخ وعدمه فهو خارج عن مدلول الشرط ، فمقتضى اطلاق أدلة الخيار نفوذه . قلت : الالتزام بعدم الفسخ فقط ليس من الشروط العقلائية لعدم ترتب غرض العقلاء عليه ، ضرورة أن غرض المشترط على المشترط عليه عدم الفسخ في البيع الفلاني ـ مثلا ـ لزوم البيع وعدم نفوذ فسخه ، بحيث لو أراد الفسخ لمايتمكن لصيرورته لازماً، وأما مجرد اشتراط عدم الفسخ فقط بحيث لو أراد الفسخ لاثر من غير احداث لزوم في البيع لكان لغواً عارياً عن الفائدة ، ومجرد الحكم التكليفي الالزامي على عدم الفسخ لم يتعلق به غرض العقلاء .

فحينئذ مقتضى الشرط هو الالتزام بجميع آثار عدم الفسخ وعدم ترتب آثار الفسخ ، ومن جملة آثار عدم الفسخ هو ابقاء البيع على حاله وكون المبيع للمشتري والثمن للبائع ، فيجب الالتزام بذلك بمقتضى الدليل الدال على وجوب الوفاء بالشرط ، فان الوفاء بالشرط ليس الا بترتب آثاره .

وحيث قلنا بتقديم أدلة الشرط على أدلة الخيار للاجماع على صحة هذا الشرط وكون دليل الخيار مهملا من هذه الجهة ، فلابد من الالتزام بآثار الشرط فحينئذ الاقوى وجوب مااختار شيخنا العلامة « قده » في مكاسبه ، ولعل دليله يرجع الى ماذكرنا وان كان قاصراً عن افادته، مع أنه لو أغمضنا عن دليل الشرط

بـأن قلنا بمعارضته مع دليل الخيار يصير أصالـة اللزوم مرجعاً في المقام لانـه الاصل المؤسس في باب البيع .

وأما الصورة الثانية : أعني ماكان اشتراط الهبة والوكالة وأمثالها، فمقتضى الشرط لزومها ومقتضى الادلة الدالة على أحكامها ، أعني كل هبة جائـز والوكالة بجواز العزل للموكل جوازهـا فيتعارضان ، ولولا الترجيح لادلة الشرط يرجع الى الاصل وهوأصالة اللزوم فيباب العقود ، الا أن المعلوم المنساق من كلماتهم هو تقديم دليل الشرط وثبوت الاحكام لهذه الاسباب انما هـو على سبيل المهملة كما ذكرنا شطراً من ذلك ، وأن ذلك هـو الاصل أيضاً عند الشك ، حسب مـا ذكرنا وفاقاً لشيخنا العلامة « قده » .

ونزيد هنا : أن المصرّح بـه في أمثال البحث هو اشتراط الوكالة في عقد الرهن، ويستظهر من ذلك مذاقهم فيأشباهها منالهبة وغيرها، حيث أنالمشهور بينهم نقلا وتحصيلا ، بل عن « السرائر » نسبة الخلاف الى أهـل الخلاف لزوم الوكالة وعدم جواز العزل بعد الشرط . والوجوه المذكورة لجوازها مدخولة :

أحدها : أنها من العقود الجائزة التي مـن شأنها تسلط كل منهما على الفسخ واشتراطها لايقتضي لزومها والا لم تبطل بالموت .

وثانيها : عدم لزوم الشرط وانكان في عقد لازم ، وانما أقصاه التسليط على الفسخ .

وثالثها : وانكان مختصاً في باب الرهن، ان الرهن جائز من طرف المرتهن وان كان لازماً من طرف الراهن ، الا أن ترجيح احداهما على الاخر ترجيح بلا مرجح. فأورد على كلها في « الجواهر »، أماعن الاول : أن الوكالة وانكانت من العقود الجائزة بالذات لكنلابأس بلزومها منجهةالعارض كالشرط ونحوه . وهذا أشارة الى ماذكرنا من أنأدلة أحكام الوكالة مهملة، فيكونمحكوماً لادلةالشرط .

ثم قال : ودعوى أنه غير مقتض لذلك ... انتهى .

وهذه أشارة الى ماذكرنا أن أدلة الشرط لايقتضي الاوجوب الالتزام ، وهو حكم تكليفي فلانظر له أزيد من ذلك، فلوخالف البيع الوكالة أحكامها فلايقتضي الشرط لزوم الوكالة.

ثم دفع ذلك بقوله : ويدفعها فرض كون المراد منه البيع وكالة فهو كمالو صرح باشتراط عدم العزل ، لأن المراد مطلق حصول الوصف بها وان عزل بعد ذلك ، واحتمال أن التصريح بعدم العزل لايقتضي عدم ترتب الاثر لو وقع ، بل أقصاه الاثم ، يدفعه : أنه مناف لكون (المؤمنون عند شروطهم) انتهى .

وهذا كما ترى صريح فيما ذكرنا سابقاً، وانما ذكرنا عين عبارته حتى تطمئن لما ذكرنا، وحاصله : أن مجرد حصول وصف الوكالة بحيث يتبعها العزل لم يتعلق به غرض عقلائي، فلابد من كون الشرط عقلائياً أن يكون مراد المتشارطين ترتب آثار الوكالة من صحة بيعه مطلقاً وعدم الاعتناء. بخلاف الوكالة والعزل، فلازم ذلك جواز بيع المرتهن حتى بعد العزل، فكان الشرط يرجع الى عدم العزل ووجوب ترتيب آثار عدم العزل. فحيث ينزل الشرط على هذه المثابة ، فمقتضى (المؤمنون عند شروطهم) وجوب ترتيب آثار هذا الشرط، لامجرد شرط الوصف الذي ليس شرطاً عقلائياً ، ولاتحصل له الفائدة الا الاثم .

ثم أجاب « قده » عن النقض بصورة الموت بأن: البطلان لانتفاء الموضوع ضرورة كونها استنابة تذهب بذهاب المندوب عنه، فلايقتضي جواز العزل. وأما عن الثاني والثالث فليراجع الى كتابه « قده » ، وفيماذكرنا من جوابه الاول كفاية فيما أدعيناه من أن التحقيق هو الحكم باللزوم ووجوب الوفاء الشرط .

وأما الصورة الثالثة : أعني ماكان حصول مخالفة الشرط في ضمن ايجاد ضد ماشترط عليه ، كما اذا اشترط التصدق بمال مخالفة وباعه ، فهل يحكم بصحة

ذلك الضد وتأثيره لما هو مجعول له لولا الشرط من الاحكام الوضعية ، أم يحكم بفساده لكونه منهياً عنه بمخالفة الشرط ؟ فمقتضى القاعدة أن يقال : ان ثبت من الخارج تقديم أدلة الشرط على الأدلة المثبتة لاحكام ذلك الضد أو عكسه ، بأن كان دليل ثبوت الحكم لذلك الضد مقدماً على دليل الشرط بأن كان أحدهما حاكماً على الاخر ورافعاً لموضوع الاخر، فيؤخذ بما هو أقوى وان لم يثبت الترجيح فيتعارض دليل الشرط مع دليل الضد فيتساقطان فيرجع الى الاصل .

ففي المثال المذكور نقول: أن دليل الشرط مع دليل البيع ـ وان كانت النسبة بينهما عموم من وجه ـ حيث ان (المؤمنون عند شروطهم) يقتضي وجوب تصدق المال وحرمة بيعه ، و(أحل الله البيع) يقتضي صحة بيعه ، الا أن الامر دائر بين التخصيص والتخصص لانه اذا قلنا بتقديم دليل الشرط فلابد من القول بالتخصص في (أحل الله البيع) وأما اذا قلنا بتقديم دليل صحة البيع فلايلزم تخصص لانه بعد الالتزام بصحة البيع لايبقى محل للوفاء بالشرط ، بل ينتفي موضوعه كما اذا تلف المال فلاريب ان الالتزام بالتخصص أولى من التخصيص وأخذ الحاكم مقدم على أخذ المحكوم .

ولو أغمضنا عن ذلك وقلنا بالتعارض، فالمرجع هو الاصل وهو في المقام أصل اللزوم، فالاقوى صحة البيع اذا كان ضد الفعل الشرط أما من جهة تحكيم (أحل الله البيع) على دليل الشرط، أو من جهة أصالة الصحة واللزوم التي هي المرجع في باب البيع والعقود . هذا ماسمعناه في مجلس البحث .

أقول : هذا حسن مالم ينجر الى انتفاء شرط من شروط البيع كما اذا كان المبيع متعلقاً لحق الغير، فلايصح البيع لانتفاء شرط البيع، فانه يجب أن يكون المبيع طلقاً ، فاذا شرط وقف دار أو عبد مثلا أو نذر تصدقه غنم على الفقراء ،

أو شرط تصدقه عليهم ، فلايبعد تعلق حق الفقراء على الغنم ، فيخرج عن كونه طلقاً .

وهكذا ففي المسألة على كليتها اشكل لي ، فلابد من المراجعة الى الاستاذ العلامة (دام ظله)[1] وكيف كان قدظهر لك : أن شرط عدم الفسخ يكفي في ترتب اللزوم على العقد ولاحاجة معه الى الاسقاط ولا اعتبار في فسخه لعدم نفوذه ، اذ الشرط ليس لمجرد الحكم التكليفي بحيث كان لمخالفه اثم فقط ، بل يرجع بدلالة الاقتضاء الى ترتيب آثار عدم الفسخ وهو عين اللزوم فان الشرط الذي ينبغي أن يكون عقلائياً ومحلا للفائدة في المقام هو ترتيب آثار الفساد على الفسخ . ومن ذلك يظهر لك في الشرط الاخر ـ أعني شرط اسقاط الخيار ـ فلاحاجة الى اسقاطه بعد العقد في لزوم العقد ، اذ بعد ما بيّنا ان المختار في شرط عدم النسخ سقوط حق الخيار وعدم نفوذ الفسخ، كان المختار في شرط اسقاط الخيار ذلك أيضاً بل بطريق أولى ، لان اسقاط الخيار مركب من عدم الفسخ واتيان أمر وجودي .

فحيث قلنا بصحته لعموم دليل (المؤمنون عند شروطهم) مع عدم معارضته لقوله (البيعان بالخيار) فيترتب عليه آثار شرط عدم الفسخ أيضاً لانه مشتمل عليه مع شيء زائد، فالواجب هو الالتزام بآثار الاسقاط، أعني آثار اللزوم. فظهر لك أن الحق هنا أيضاً عدم نفوذ الفسخ .

قال شيخنا العلامة « قده » : هل للمشروط له الفسخ بمجرد عدم اسقاط المشتري الخيار بعد العقد وان لم يفسخ؟ وجهان: من عدم حصول الشرط، ومن أن

---

(١) أقول: قدفاتت المراجعة وانتفى الموضوع . ويمكن أن يقال: أن أدلة النذر كأدلة الشروط لا تدل على أكثر من الحكم الكليفي ، فانه المستفاد هو وجوب الوفاء وليست ناظرة الى حال المتعلق وموضوعاتها حتى يثبت الحق فيها ويخرج عن الطلقية كحق الرهانة والتحجير وأمثالها فان أدلتها ناظرة الى موضوعاتها بل مسوقة لذلك كما هو واضح . فتدبر (منه) ١ ربيع الاول ١٣٣٤ .

المقصود ابتاء العقد ، فلايحصل الخلف ، انتهى .

ويرد عليه : أن خيار المشروط له انما يكون لوأخل المشروط عليه بالشرط فالاخلال بالشرط في صورة فرض المسألة لم يحصل حتى يوجب الخيار، اذبمجرد عدم اسقاط المشتري بعد العقد لايقال أنه أخل ، اذ لاأمد لذاك الشرط .

ومن ذلك يظهر النظر فيما أفاده بعد ذلك من أن: الاولى القول بثبوت الخيار على القول بتأثير الفسخ، ووافق في ذلك أيضاً بعض المشائخ على ما حكي عن شرحه ، حيث اختار أنه على القول بتأثر الفسخ، فلولم يسقط بعد العقد ولم يفسخ أيضاً أن للبائع الخيار .

وجه النظر: أنه لاريب في أن ذلك الخيار خيار الشرط وأنـه انمايكون لو حصل التخلف، فبدون حصول الاخلال والخلف ليس للاخر الخيار، ففي المقام شرط اسقاط الخيار حيث لم يجعل له أحد لايحصل تخلف الشرط بمجرد عدم اسقاطه بعد العقـد ، بل لابد أن يبلغ الى مرتبة المسامحة والتقاعد ، وهذا انـما يكون بطول المدة لا بمجرد عدم اسقاطـه بعد العقد ولو بيوم أو يوميـن مثلا بمطالبة المشروط له، فيمتنع المشروط عليه فيتسلط حينئذ على الفسخ كسائر موارد تخلف الشروط .

واعلم: ذكر بعض الفقهاء ـ ممن قارب عصرنا ـ فرعاً وهو انه: هل يقبل ذلك الشرط ـ أي شرط اسقاط الخيار ـ التبعض، بأن يتبعض خياره فيشترط اسقاطه بعض خيار المجلس ويبقى بعضه ؟ وجهان مبنيان على أن الفسخ لايتبعض، وان ذلك ـ أي خيار المجلس ـ حق، كمايسقط كله كذلك يسقط البعض كسائر الحقوق حيث أن ذي الحق يقدر على اسقاط الكل وابقائه كذلك يقدر على اسقاط بعضه وابقاء الاخر . انتهى حاصل ما أفاده على ما سمعته في مجلس البحث عن شيخنا الاستاذ العلامة (دام ظله) .

ثم قال الاستاذ : مقتضى التحقيق أن يقال: أن تبعض الاسقاط في الخيار اما أن يكون في عين المبيع أوفي الزمان أي زمان الخيار، أما في العين وجهان مبنيان على أن الخيار حق يتعلق بالعقد أويتعلق بالعين، فعلى الاول، الصواب أن يقال: عدم جواز التبعض في الاسقاط لان العقد أمر وجداني لايقبل حل بعضه وابقاء بعضه الاخر فان حلّ ، حلّ الكل والا يبقى على حاله ، فكما لايتبعض العقد في الخيار ،كذلك لايتبعض اسقاطه، فيكون شرط اسقاط البعض لغواً بلا أثر .

وان قلت : كيف الحال في تبعض الصفقة مع أنه أمر معقول ذهب اليه المشهور، فلولم يقبل العقد التبعض لكان تبعض الصفقة مخالفاً للقاعدة، بل لايصير معقولا بناءاً على ماذهب اليه المشهور من أن الخيار يتعلق بالعقد، فهو أمر وجداني لايقبل التبعض في الحل والابقاء ؟

قلت: المراد من تبعض الصفقة، أن العقد أمر واحد انما يؤثر أثره فيما يقبل المحل ، فاذا كان ماوقع عليه العقد مركباً يقبل بعضه للنقل والانتقال ووقوع السبب عليه ، وبعضه لايقبل لذلك ، فلايؤثر السبب أثره لانتفاء قابلية المحل فمقتضى القاعدة التبعض، اذالسبب لابد أن يؤثر أثره فيمايقبل وعدم تأثيره في مورد لايقبل للتأثير لوجود المانع، لايقتضي عدم تأثيره فيماكان المانع مفقوداً. ولايجوز رفع اليد عن سببيته بالنسبة الى المحل القابل .

وهذا هو مراد الفقهاء (رضوان الله عليهم) بأن يقال: أن العقد فيمايقبل وما لايقبل فيحل الى عقود متعددة ، يعني كما أن العقود اذا تعددت، عدم الصحة في بعضها لايقتضي عدم صحة بعضها الاخر ،كذلك في المقام ، فان العقد وان كان واحداً الاّ أن متعلقه لماكان متعدداً ممايقبل للتأثير ومالايقبل فيؤثر في بعضه ولا يؤثر في بعضها، فعدم التأثير فيمالايقبل ، لايوجب رفع اليد عمالايقبل .

وعلى الثاني ـ أي بناءاً على أن الخيار حق يتعلق بالعين ـ : فالاصح حينئذ قبوله للتبعيض، فيصح اشتراط الاسقاط في بعض دون بعض آخر. ولكن الظاهر في المعنى ـ على ماسيجيء تحقيقه ـ هو الاول، لماقالوا بثبوت الخيار مع تلف العين أيضاً، فان الخيار حق يتعلق بالعقد سواء تلفت العين أم لا. فيستظهر من ذلك أنه تعلق بالعقد، اذلو كان متعلقاً بالعين يلزم أن لايثبت الخيار عند التلف لفوات محله. فانتظر تحقيق ذلك في محله .

وأما في الزمان ، أي تبعض الاسقاط انمايكون باعتبار الزمان، فالتحقيق أن يقال: ان ذلك يتصور على قسمين: قسم: شرط اسقاط الخيار في أول الزمان ، بمعنى أن زمان خيار المجلس ثبت ساعات مثلا، فوقع الشرط على اسقاطه في الساعة الاولى، وأما الساعتين المتعقبتين فيبقى الخيار على حاله. وقسم: يشترط اسقاط الخيار في الزمان الاخر، أعني الساعة الثالثة، وأما اشتراط اسقاطه في وسط الزمان فيعلم حاله منهما .

أما حال القسم الاول: وجهان مبنيان على القول بالتمسك بالعام اذا خرج بعض أفراده في بعض من الزمان، أو على القول باستصحاب حال زمان التخصيص وحيث أن شيخنا العلامة «قده» سلك مسلك التحقيق في ذلك[1] فقال : ان اعتبر الزمان ظرفاً للعام ، فلوخرج فرد في بعض الزمان وشك حال الفرد في الزمان الثاني نتمسك بعموم العام ، وان اعتبر قيداً، فلايندرج ذلك الفرد المقيد بذلك الزمان تحت العام. وحيث أن أغلب العمومات من قبيل الاول، لقلة التقييد بالزمان في أدلة الاحكام، خصوصاً في أمثال المقام، ومع الشك أيضاً يحكم بالاول للاطلاق وأصالة عدم ملاحظة التقييد كان مقتضى تحقيقه «قده» هنا الحكم بصحة التبعض في الاسقاط في هذا القسم ، بأن يكون البيع في الزمان الاول لازماً وفي الزمان

---

(١) ولكن لنا في ذلك نظر قد بيناه في الاصول فراجع. (منه)

الثاني يبتى مندرجاً لمشمول عموم دليل الخيار. وعلى الوجه الثاني ، كماسلكه النراقي استصحاب اللزوم الثابت في الزمان الاول، في الزمان المتأخر فلاتبعض حينئذ الخيار .

وأما القسم الثاني ـ أي اشتراط الخيار في الساعة الثالثة ـ فلا ضير فيه ، فيصير البيع في الزمان الاول مع الخيار، وفي الزمان الاخر لازماً ، لدليل الشرط. ومما ذكرنا يعلم حال الاشتراط في الزمان المتوسط بين الزمانين ، ففي الزمان الاول كان البيّعان بالخيار دون الزمان الثاني .

وأمافي الثالث: فيأتي فيه الوجهان المبنيّان على التمسك بالعام أو بالاستصحاب

(فرع)

هل الشرط الذي وقع عليه التباني قبل العقد، وكان البناء على ذلك الشرط عند انشاء العقد لازم ، يجب الوفاء به كما ذكر في متن العقد ، أو أنه غير واجب الوفاء ، كما في الشروط الابتدائية ؟ قولان :

ظاهر المشهور عدم التأثير لهذا الشرط، فلم يكن لازم الوفاء .ولكن المحكي عن العلامة « قده » و « المسالك » وعن المشايخ العظام من الفقهاء الاعلام ممن قاربنا عصرهم (رضوان الله عليهم) هو صحة ذلك الشرط ، وانما هو كالمذكور في متن العقد. ولعل ذلك هو الاقرب عندنا فعلا ، خلافاً لسالف الزمان ولشيخنا العلامة الانصاري « قده » . ويأتي تفصيل ذلك في محله في باب الشروط ، كما سيجيء انشاء الله .

وحيث فرض كون المراضاة مقيدة، فمقتضاه انتفائه عند انتفاء القيد فيلزم بطلان العقد من رأسه ، لان الذي وقع عليه غير موجود، والموجود لم يقع عليه العقد، لاصحته مع ثبوت الخيار ، مع أن المشهور خلاف ذلك . لانا نقول : هذه شبهة

أخذها جماعة ، فحكموا ببطلان العقد عند بطلان الشرط . وتعدى الاردبيلي منه الى صورة تخلف الوصف والشرط أيضاً .

لكنها تندفع بأن : الاسباب يؤثر أثرها بعد تحققها، سواءرضي المالك أم لا، وحيث أن العقد وقع على المقيد والمطلق ، فتحقق في ضمنه، والمفروض حصول المراضاة بالنسبة الى المقيد أيضاً ، فيؤثر أثره في المطلق الذي في ضمنه وان لم يرض به المالك ، غاية الامر أنه يحصل له الخيار من جهة الضرر ، فلايقاس ذلك بصورة اختلاف الحقيقة والماهية .

كما لو بان الغنم بقراً ، والكتان قطناً، حيث اتفق على بطلان البيع حينئذ، وذلك لتعدد الموضوع هناك ، فان الواقع عليه العقد غير موجود والموجود لم يقع عليه ، وهذا بخلاف الحال في صورة تخلف الشرط والوصف ، فان متعلق العقد هو الموجود الخارجي لا غير .

فان قولك : بعت العبد ، بشرط أن تفعل لي كذا وبشرط أن يكون كذا، ونحو ذلك ، يدل على وقوع المبادلة بالعبد وهو متعلق العقد قطعاً وان فرض تقييد الرضا بالشرط المذكور . وحيث فرض وقوع السبب على هذا العبد فيؤثر أثره ، سواء رضي به أم لا . غاية الامر أن له الخيار من جهة التخلف ، وهذا بخلاف تغاير الحقيقة والماهية ، كالكتان والقطن ، اذ ليس أحدهما بالنسبة الى الاخر من قبيل المطلق والمقيد ، حتى يقال أنه وقع العقد على المطلق في ضمن المقيد فيؤثر أثره وان لم يرض به ، بل الموجود غير واقع والواقع غير موجود .

وكيف كان ، فلا مانع من جعل الشرط تقييداً بالنسبة الى المراضاة التي هي مدلول العقد ، ولافرق في ذلك بين ما لو كان الشرط مذكوراً في ضمن العقد أو في ماقبله مع وقوع التباني على ايقاع العقد عليه ، فان التباني المذكور يصلح قرينة للتقييد . ولتحقيق الكلام في ذلك مقام آخر .

(الثانى)

من المسقطات : الاسقاط

ويسمى ذلك بالتخاير . ولاخلاف ظاهراً في سقوط الخيار به من صاحبه ، وان كان الاسقاط من الطرفين سقط خيارهما معاً ، وان كان من أحدهما سقط خياره خاصة دون صاحبه .

ولكن حكي الخلاف فيذلك عن صاحب « الحدائق » بتقريب أن مفادذلك لايزيد على مقتضى العقد، فان مقتضى الاسقاط : الالتزام والرضا بالعقد ، وعدم الرضا بخلافه وهذا حاصل بنفس العقد، غاية الامر : يفيد ذلك التأكيد ، فلاوجه لسقوط الخيار به بعد عموم أدلة الخيار .

وقد يتوهم عدم خلاف صاحب « الحدائق » في الاسقاط ، بـل يقال : أن خلافه فيسقوط الخيار في صورة الالزام بالعقد نظراً الى أن تعليله بأنذلك الالزام والالتزام به لايزيد على مايقتضيه العقد ولايتمشى الافي صورة الالتزام ضرورة كون الاسقاط أمراً زائداً على مدلول العقد .

ولكن يدفعه : أن الاسقاط والالتزام متلازمان، ضرورة أن الالتزام ببقاء العقد لايكون الا مع اسقاط الخيار ،كما أن الاسقاط لايكون الا مع الالتزام .

وكيف كان فيمكن الاستدلال على لزوم العقد بالاسقاط وسقوط الخيار به بمقدمتين مسلمتين ، احداهما : أن الخيار من الحقوق . الثانية : أن كل حق قابل للاسقاط وساقط به .

أما المقدمة الاولى : فيدل عليها انتقاله بالارث .

وأما الثانية : فلفحوى مادل على سلطنة الناس على أموالهم، فان السلطنة على نفس الاموال تقتضي السلطنة على الحقوق المتعلقة بها بالاولوية ومن فروع السلطنة

نفوذ التصرف فيها بالاسقاط .

هذا مضافاً الى المقدمتين مسلمتان عند الاصحاب ، بل اجماعيتان ، فان لم نناقش المخالف فهو ، والا فيمكن الاستدلال على المدعى في خصوص المقام ـ أعني سقوط هذا الحق بالاسقاط ـ بأدلة خاصة كفحوى ماسيجيء في خيار الحيوان من النص الدال على سقوطه بالتصرف مثلا بأنه رضي بالبيع ، بتقريب أن التصرف اذا كان مسقطاً للخيار من جهة كونه رضي بالبيع فنفس الرضا به يكون أولى بالاسقاط . وتوهم كون الخبر في خيار الحيوان فلاوجه للاستدلال به في خيار المجلس ، مدفوع بعدم الفرق في ذلك بين أقسام الخيار كمالايخفى .

وفحوى خبر السكوني عن الصادق عليه السلام ، أن أمير المؤمنين عليه السلام قضى في رجل اشترى ثوباً ، شرط الى نصف النهار ، فعرض له الربح ، فأراد بيعه معه . فقال عليه السلام : ليشهد أنه قد رضيه أو استوجبه ثم يبيعه ان شاء ، فان أقام في السوق ولم يبع فقد وجب البيع . ونحوه خبر الحلبي والشحام .

وتقريب الدلالة: أنه عليه السلام حكم بلزوم البيع من جهة مجرد الرضا والاستيجاب وهو المدعى ، بل بمجرد الاقامة في السوق للبيع لدلالته على الرضا ، فيدل على المدعى في المقام وهو الرضا بالعقد بالاسقاط للخيار بالاولوية .

والمناقشة في ذلك بأن مورد الرواية هو خيار الشرط ، فلاوجه للتعدي الى المقام ، يندفع بما تقدم مضافاً الى عموم (المؤمنون عند شروطهم) بناءاً على شموله للشرط والالتزام الابتدائي أيضاً ، ولادليل على التخصيص فيه بالنسبة الى المقام من اجماع ونحوه . بل الدليل على اللزوم هنا موجود من الاجماع وغيره.

هذا غاية مايمكن أن يستدل المقام ، وبعض الادلة الخاصة وان كانت قابلة للمناقشة ، كدعوى أن الرضا حكمة للسقوط بالتصرف لاعلة ، فلايقتضي السقوط بمجرده مالم يوجد تصرف ، وكالمناقشة في دلالة قوله (الناس مسلطون على

أموالهم) بتقريب أن السلطنة على الاموال انمايدل على نفوذ التصرفات في الجملة ولـو بالاسباب الشرعية ، اذ ليس بنفسه مشرعاً ، فلايدل الا على أن لذي الحق التسلط على اسقاط حقه بالاسباب الشرعية . فلايدل على كفاية مجرد الاسقاط في ذلك ، بل يمكن أن يكون ذلك بالاسباب كاشتراط السقوط والافتراق ، كما أنه لايدل على وقوع البيع بمجرد المراضاة . ولكن المقدمتين السابقتين كافية في المقام . وأما مناقشة صاحب « الحدائق » فتندفع بأن الاسقاط والرضا بـالعقد بعد وقوعـه غير مقتضي العقد الموجود قبل الاسقاط ، لان الموجود سابقاً هـو الرضا بحدوث العقد وهو غير الالتزام ببقائه والرضا به .

ثم أنـه لااشكال في تحقق الاسقاط بما يـدل على الرضا بأي لفظ كان ، اذ المناط فيه هـو الدلالة على الرضا صريحاً بأي نحوكان ، ولكن هنا احتمالان : أحدهما : افراط ، والاخر : تفريط .

الاول : أنـه لابد في ذلك من الالفاظ الخاصة . ولعل مدرك هذا التوهم هو أن الاسقاط من الايقاعـات ، والايقاعات مما يحتاج فيها الى الاسباب الخاصة . ويندفع بـأن المستفاد من الادلة في المقام : أن المسقط هـو الرضا المستكشف وهذا مما لايحتاج الى سبب خاص ولادليل على اعتبار السبب الخاص .

الثاني : أنه يكفي مجرد الرضا القلبي ولو من كاشف له ، ولعل المدرك له : فحوى ماتقدم من الاخبار السابقة ، حيث يدل على أن التصرف انما هـو مسقط من جهة الرضا فيكون هو المناط .

وفيه : أن غاية مـايستفاد من الروايات ،كفاية الرضا المستكشف باللفظ أو الفعل ولو بمثل الاقامة في السوق للبيـع ، لكون ذلك من مقدمـات التصرف فلا دلالة لها على كفاية مجرد الرضا وان لم يستكشف .

بقي الكلام في أن هذا الخيار هل هو قابل للنقل الى الغير أم لا ؟ فانها مـن

الحقوق . والحقوق على أقسام أربعة : منها : مالايجوز نقله الى أحد ، وذلك مثل حق الاستيلاء . ومنها : مايجوز نقله الى من عليه الحق دون غيره ، فيرجع الى اسقاط الحق بالاخرة ، لعدم تعقل ثبوت الحق المستحق على نفسه ، ومن ذلك حق السلطنة ظاهراً . ومنها : مايجوز نقله الى بعض دون بعض مثل حق القسم ، فانه يجوز نقله الى من عليه الحق وهو الزوج .

أما بدون العوض فلاكلام ومعه على اشكال وخلاف ويجوز نقله الى بعض الضرات أيضاً . ولايتعدى الى الاجنبي .

ومنها : مايجوز نقله الى كل أحد ، كحق التحجير ونحوه ، وارجاع ذلك الى اسقاط الحق برفع اليد عما حجره ، بعيد جداً ضرورة استلزامه لتسوية كل أحد حينئذ بالنسبة الى ذلك، فيجوز المعارضة مع من انتقل اليه . والظاهر أنهم لايقولون به . وكيف كان فلااشكال في جواز نقل الخيار لكل من المتبايعين الى الاخر ، ومرجعه الى اسقاط حق نفسه ، والكلام انما هو في نقله الى الاجنبي ولم نعثر من الاصحاب نص في ذلك ، الا أنه يظهر من شيخنا العلامة « قده » في بعض كلماته المنع .

ومنها : ماذكره في أول بحث خيار المجلس ، حيث أنه بعد البناء على عدم ثبوت الخيار للوكيل في مجرد اجراء الصيغة ، وثبوته للموكل فقط ، قال : هل للموكل بناءاً على ثبوت الخيار له تفويض الامر الى الوكيل بحيث يصير ذا حق خياري ؟ الاقوى العدم لان المتيقن من الدليل ثبوت الخيار للعاقد في صورة القول به عند العقد ، لالحوقه له بعده (انتهى) .

ومنها : ماأفاده في المقام في ضمن تقريب الاستدلال على سقوط هذا الخيار بالاسقاط ، لفحوى أدلة (سلطنة الناس على أموالهم) المقتضي لثبوت السلطنة على الحقوق المتعلقة بالاموال ، من أنه لامعنى لتسلطهم على مثل هذه الحقوق الغير

القابلة للنقل ، الا نفوذ تصرفهم فيها لما شمل الاسقاط ، حيث جعل عدم جواز نقل مثل هذا الحق من المسلمات .

لكن الظاهر عدم المنع من النقل بعوض وغيره اذا فرض ثبوت فائدة عقلائية في النقل والانتقال بحيث يخرج عن السفاهة بصلح ونحوه فيما لم يثبت فيه المباشرة كحق القسم ، وذلك لعمومات الصلح وعدم المانع بالفرض .

وماتقدم من شيخنا الانصاري « قده » من المنع ـ مستدلا بأن المتيقن من أدلة الخيار غيرذلك ـ قد عرفت مافيه فيما سبق . ومحصل ذلك أنه : ليس المراد اثبات الخيار وصحة النقل بأدلة الخيار ، وانما المراد نقل هذا الخيار الثابت للمتبايعين بأصل الشرع الى الاجنبي بأحد من الاسباب الشرعية الناقلة ، فلاوجه في رفع ذلك بالاخذ بالقدر المتيقن من أدلة الخيار .

(مسألة)

اذا قال أحد المتعاقدين للاخر: اختر، فهل يسقط خيار الامر، أم لا ؟

وتحقيق الكلام في ذلك: أن هنا صوراً واحتمالات، لانه اما أن يقول: اختر بالاطلاق .

أويقول: اختر عني، أو عنك، أو عنا، أويقول: اختر لي .

وعلى التقادير: اما أن يعلم انه أراد بذلك التمليك لخيار نفسه الى المأمور، أوالاستنابة، أوالتفويض، أوالاستكشاف، أولايعلم شيء عنها. ويحصل من ضرب الخمسة في الخمسة: خمسة وعشرون صورة، وعلى التقادير فاما أن يقول: اختر مطلقاً من دون تعيين شيء من الفسخ والامضاء ، أويقول : اختر الامضاء أو اختر الفسخ. فيحصل من ضرب ماتقدم في تلك الثلاثة: خمسة وسبعون صورة. وعلى التقادير : فاما أن يسكت المأمور ولايجيبه بشيء أويفسخ، أويمضي ، أويقول :

لأختار شيئاً فحصل من الضرب ثلثمائة صورة. ويمكن فرض صور أخر. وبعض هذه الصور ممالايجامع مع بعض آخر، فان فرض اختر عنك مع الاستنابة مما لامعنى له، ضرورة أن اختيار فسخ العقد عن قبل نفس المأمور لايجامع مع كونه وكيلا عن الامر. وبعضهامكررات مثل اختر عني مع الاستنابة، فانمعنى الاستنابة هو معنى اختر عني». فعليك ملاحظة الاقسام بعضها مع بعض .

ثم ان الفرق بين الاقسام الاربعة ماعدا الاستنابة والتفويض واضح . وأما الفرق بينهما فيه نوع خفاء ، لكن يظهر الفرق بينهما بأن الاستنابة توكيل له في الاختيار ، فمعناه: ان المأمور وكيل في أن يختار للامر ، فمايختاره المأمور يكون من جانب الامر لا من جانب نفسه ، وهذا بخلاف التفويض ، فان معناه: كون الامر أمره والرضا رضاه، بمعنى أن مايرضى به المأمور لنفسه ويختاره ، فالامر أيضاً راض به وحينئذ مايختاره المأمور يختار لنفسه لاللامر، لكن الامر راض لنفسه بمافعله المأمور .

ثم ان الحكم فيماعلم قصد التمليك أوأحد من الاخر، فواضح، فانه لوكان تمليكاً رجع ذلك الى الاسقاط، لان الخيار حق لذي الخيار في العقد أوفي العين على الخلاف على الاخر، وقد سبق أن نقل الحق الى من عليه الحق رجع الى اسقاط ذي الحق لعدم تعقل ثبوت حق شخص على نفس. فعلى هذا تمليك الامر خياره الى المأمور يرجع الى اسقاط خيار نفس الامر .

وحينئذ فمقتضى ذلك عدم ثبوت الخيار للامر بعد ذلك وان سكت المأمور أوقال: لأختار وهذا بخلاف الحال في سائر الصور فانه على تقدير الاستنابة ، يكون مقتضاه كون المأمور وكيلا من جانب الامر ، فلايسقط خياره الا بعد اختيار المأمور ، ولكن مايختاره حينئذ يكون من باب الوكالة ، فلايسقط به خيار نفسه، وهذا بخلاف الحال في التفويض، فان مقتضى التفويض: انمايختاره

المأمور انمايختاره لنفسه لاالامر، لكن يكون ذلك مرضياً للامر، فيسقط خياره من جهة رضائه بمايسقطه .

وأما الاستكشاف: فلايوجب سقوط خيار الامـر بوجه، لان الفرض حينئذ الاطلاع الى حال الاخر ومعلومية مايفعلـه ، فلاوجه لسقوط خيـاره بذلك ، فهو واضح . فمحل الكلام في المقام هو مالولم يعلـم ارادة شيء من ذلك ، فيرجع الخلاف حينئذ الى أن الظاهر من اللفظ المذكور ماذا؟ حتى يلحقه حكم ذلك .

ثم اعلم أيضاً: أن المذكور في كلام الاصحاب هو مالو أطلـق من الجهتين بمعنى أن يقول : اختر ، من غير تعيين من الامضاء والفسخ ولاتعيين كونه عنه أو عن المأمور .

ونحن نتكلم أولا في ذلك ثم نتعرض صورة التعيين فيقول :

اذا قال أحدهما للاخر: اختر ، فامـا أن يختار الاخر الفسخ أوالامضاء، أو يسكت. أمافي صور مااختار الفسخ، لااشكال في انفساخ العقد، فيسقط الخياران، أماخيار المأمور فواضح لانه فسخ، وأماخيار الامر، فلانحلال العقد، فلايبقى بعده محل لخيار الامر .

وأمافيمالوسكت: فلااشكال بلاخلاف أيضاً في عدم سقوط خيار المأمور، اذ لاوجه لسقوط خياره، والسكوت لايدل على شيء من الامضاء والفسخ. وأماخيار الامر: فالمشهور أيضاً بقائه الاأنه نسب الى الشيخ سقوط خياره حينئذ. ولاوجه له الا التعبد بالنص المروي عن طريق العامة، من أن التعين بالخيار مالم يفترقا، أويقل لصاحبه : اختر. فان مقتضاه سقوط الخيار بمجرد قوله : اختر، وهو يعم ماذا سكت الاخر أواختار الامضاء أوالفسخ .

وفيه: أن الزيادة لم تثبت من طرفنا، والمشهور بل الكل حكموا بخلاف ذلك فضعف السند لاجابر له . مضافاً الى أن ظاهر الخبر يدل على سقوط خيار الاخر به

أيضاً وهو مما لاقائل به .

هذا مضافاً الى عدم ثبوت النسبة الى الشيخ أيضاً، فان الموجود في «المبسوط» و «الخلاف» خلافه ، نعم يحتمل كون ذلك مذكوراً في كتاب «النهاية» التي هي متون الاخبار . و كيف كان فضعفه واضح كما عرفت .

وأما فيما اختار المأمور الامضاء : فلا اشكال في سقوط خياره، وانما الكلام في سقوط خيار الامر: فالمشهور بين الاصحاب هو السقوط، بل نعثر بقائل بالخلاف في ذلك بين القدماء ولا بين متأخريهم سوى مايترائى من كلام العلامة في محكى «التذكرة» حيث حكم بسقوط خيار الامر اذا أراد التمليك ، دون ما اذا لم يقصد التمليك ، فانه يدل على أنه لو لم يقصد التمليك لم يسقط خياره فلايحكم بسقوط خيار الامر الا اذا علم قصد التمليك .

لكن يمكن دفع ذلك ونفي الخلاف عنه أيضاً ، بأن غرض العلامة ليس النزاع من حيث الكبرى، بمعنى سقوط الخيار في صورة القصد للتمليك خاصة دون غيره، بل كلامه ناظر الى الصغرى، ومراده أن قوله : اختر، ظاهر في ارادة التمليك فيسقط خياره مالم يقصد خلافه وعلى هذا فلانزاع بينه وبين الاصحاب فى سقوط خيار الامر بذلك .

نعم، خالف في ذلك جملة متأخري المتأخرين قائلين بعدم وجه سقوط خيار الامر. والذي يمكن أن يستند للمشهور أمران:

أحدهما: ماورد من النص من أن التعيين بالخيار مالم يفترقا أو يقل لصاحبه: اختر وفيه: أولا: ضعف السند كما عرفت، والانجبار بالشهرة هنا غير جار، لعدم معلومية استنادهم الى ذلك ، بل الظاهر أن مستندهم دلالة كلمة (اختر) على السقوط فيما سيأتي، مضافاً الى أن مقتضى الرواية سقوط الخيار بمجرد قول هذه الكلمة وان سكت المأمور. مع أنهم لايقولون، بل مقتضاه سقوط الخيارين بمجرد هذا القول

وهو خلاف الاجماع، ويخصص ذلك بالاجماع وان كان ممكناً، الا أن ذلك بعيد في مثل المقام .

الثاني: دلالة كلمة (اختر) على ذلك. وأورد عليه أن كلمة (اختر) عرفاً محتملة لمعاني أربعة: التمليك، والاستنابة، والتفويض، والاستكشاف. وهو بحسب الوضع اللغوي لطلب اختيار المخاطب أحد طرفي العقد، من الفسخ والامضاء، وليس فيها دلالة على التمليك أو أحد المعاني الاخر .

وحينئذ فلاوجه لحملها على التمليك أو الاستنابة أو التفويض حتى يوجب سقوط خيار الامر. لان المعنى اللغوي لاصارف عنه، ومع الغض عنه وثبوت عدم ارادته في المقام، فالاحتمالات فيها أربعة، وقد عرفت عدم سقوط الخيار على بعض منها ، وحينئذ فلاوجه للحكم بالسقوط بمجرد قول هذه الكلمة .

هذا غاية ما أوردوه في المقام .

والتحقيق أن يقال : أن كلمة (اختر) لايمكن حمله هنا على التمليك ، لان التمليك ليس من معنى هذه اللفظة بلااشكال، ضرورة أن وضعه لطلب الاختيار ، وأين هو من التمليك ، وحينئذ فلا يصح ارادة التمليك منها بدون القرينة المعيّنة ، لفتح الخطاب بارادة ماليس ظاهراً بدون القرينة فضلا عما كان ظاهراً في غيره .

وأما الاستكشاف : فهو وان لم يحتج الى قرينة في الكلام لان الاستكشاف داع الى الطلب ، فاللفظ مستقل في معناه الأ أن الداعي هو الاستكشاف وهو أمر في ضمير المتكلم الامر وليس راجعاً الى المخاطب ، ولايجب على المتكلم بيانه للمخاطب، حتى يلزم من ترك البيان قبح عليه فيحكم بعدم ارادته . لكن ارادته في المقام بعيدة اذ لانكتة نوعاً ولاغرض عقلائي في استكشاف الحال في المقام مع العلم بحصول الانكشاف عن قريب بتفرق المجلس، وحينئذ فلاوجه لحمله عليه ،

ودعوى ظهورها في الوقت الاول في ذلك دعوى مجازفة لامستندلها يدفعها أصالة عدم النقل، كما هو واضح .

ولايصح الحمل على طلب اختيار المخاطب لاحد الطرفين أيضاً ، لان ذلك لغو لافائدة فيه، وحينئذ فيجب الحمل على الاستنابة والتوكيل، لان طلب الفعل عن الغير اذا كان الفعل من الافعال المشتركة بين الامر والمأمور، ويحمل على الاستنابة حذراً من لزوم اللغوية . نظير ما لو قال : بع داري، فانه يرجع الى التوكيل حذراً من لزوم اللاغوية، على تقدير عدم ارادته لصيرورة أمره طلباً لايجاد عقد فضولي، وهو مما لافائدة فيه ولايحمل عليه .

ولكن يرد عليه أولا : أن اللغوية لاتجري في المقام .

بيان ذلك: ان طلب فعل من المخاطب اما أن يكون المطلوب من الافعال التي لايكون الامن المأمور بنفسه ، وهو يحمل على الطلب والاستدعاء الحقيقي . وان كان من الافعال المختصة للامر ، فلابد أن يحمل على التوكيل، حذراً من طلب المحال أو اللغوية ، كما اذا قال أحد لاحد: طلق زوجتي .

فان طلاق زوجة الامر فعل مختص بالامر لايمكن صدوره من غيره من دون التوكيل، فطلبه منه طلب المحال ان أراد الطلاق الحقيقي، واللغوية ان كان المراد اجراء الصيغة فضولة، وكلاهما باطلان ، فلابد أن يحمل الامر في مثل ذلك على ارادة التوكيل والاستنابة .

وقد يكون الفعل المأمور به من الافعال المشتركة ويمكن التحقق من كل منهما، نظير بيع نصف الدار اذا كانت الدار مشتركة بين الامر والمأمور، فان لكل منهما حينئذ بيعه، فأمره ببيعه يمكن أن يكون من جهة الوكالة في بيع سهم الامر، وأن يكون طلباً لبيع المأمور سهم نفسه .

فظاهر الامر الثاني لايرجع الى الاول عند عدم الدليل، ولو سلم عدم الظهور

فلاأقل من تساوي الاحتمالين ، فلايحمل على أحدهما الا ادليل .

ومانحن فيه كذلك ، فان اختيار أحد الطرفين مشترك بين كل واحد من الامر والمأمور ، وكما يصح أن يكون المراد التوكيل في اختيار أحد طرفيه من قبل الامر ، كذلك يصح أن يكون المراد الطلب من المخاطب اختيار أحد الطرفين .

ومع صحة هذا الاحتمال لاوجه لحمل الامر على الاخر الا القرينة ، ودعوى عدم فائدة في هذا الطلب فلابد أن يرجع الى التوكيل ، مدفوعة بأن الفائدة هنا موجودة لانه يوجب خروج العقد عن التزلزل واطمئنان الامر في نفسه ، ومثل هذه الفائدة فائدة عقلائية يصح أن يكون مستنداً للطلب على النحو المذكور، كما لايخفى.

وثانياً : أن مقتضى حمل ذلك على ارادة التوكيل أن لايسقط خيار المأمور حينئذ ، لانه انما اختار اجابة لمدعاه ، وحيث أن مدعى الامر الاختيار من قبله فاجابة المأمور بالامضاء كان ذلك ظاهراً في اجابته له ، فيكون امضائه وكالة عن الامر، ومعه فلاوجه لسقوط خيار المأمور نفسه ، اذلم يصدر منه الا امضاء العقد من قبل الامر ، مع أنهم يقولون بسقوط خياره أيضاً .

نعم يمكن أن يقال : أن الامر يدل على مطلوبية الفعل المأمور به للامر ورضائه به ، وحينئذ فمقتضى أمر الامر للمأمور باختيار أحد طرفي العقد بقوله: اختر، يدل على رضائه بما اختاره المأمور ومطلوبيته له ، فاذا اختار الامضاء كان ذلك بمقتضى أمره مطلوباً له ومرضياً به ، فيسقط بذلك خيارهما معاً .

أما خيار المأمور لامضائه بالفرض ، اما خيار الامر فلما مر من أن الخيار يسقط برضا ذي الخيار بالعقد والتزامه ، اذاكان ذلك مستكشفاً باللفظ، والامرفي المقام كذلك حسبماعرفت، وهذا هو مرادالقوم وغرضهم من التفويض ومستندهم

في الحكم بسقوط خيارهما .

لايقال : أن المسقط للخيار هو الرضا بالعقد والالتزام به ، لا الرضا بالتزام الاخر ، والامر وان دل على مطلوبية الفعل المأموربه للامر ورضائه، الا أن المأمور به ليس هو مطلق الاختيار بل اختيار المأمور . ومقتضى ذلك كون المطلوب اختيار المأمور ، فاذا اختار امضاء العقد كان امضاء المأمور مطلوباً للامر . وهذا لايقتضي رضاء الامر ببقاء العقد، ومطلوبية امضائه حتى يسقط خياره به .

لانا نقول : ظاهر اطلاق الامر كون المطلوب هو الفعل المطلق، غاية الامر أنه بمقتضى ظاهر الصيغة يدل على طلب صدور ذلك من المأمور ، فيدل على مطلوبية صدور صيغة المأموربه من الامر .

فيدل قوله : اختر ، على أن مطلق الامضاء مطلوب للامر وأنه راض به مطلقاً وحينئذ، فاذا أمضى المأمور والتزم بالعقد كان الامر راضياً به فيسقط خياره أيضاً، كما ذكروه من أنه اذا أمضى أحدهما وصرح الاخر برضائه ، كان ذلك موجباً لسقوط الخيار منهما . وأما اذا سكت المأمور و لم يخبر شيئاً كان الخياران باقيين .

هذا كله على تقدير اطلاق العقد من الجهتين ، كأن يقول: اختر، من دون تقييده بالامضاء أو الفسخ، ومن دون تقييده بقوله: عني، أوعنك، أو عنا، وهومحل كلام الاصحاب .

واما اذا قيدبأحدها ، فان قيد بأحد من الامضاءأو الفسخ ، فانأجابه المأمور كذلك ، فأمضى في الاول وفسخ في الثاني . فلااشكال في كله، ويظهر وجهه مما تقدم . وأما اذا لم يجبه، كذلك، فاما أن يسكت أو يجيبه ـ بضد ماطلبه منه ـ فمع السكوت فمقتضى ماذكرنا : عدم السقوط من الامر، لان طلبه يكشف عن مطلوبية ماأمره على تقدير اختيار المأمور ، والمفروض عدم ثبوت شيء من المأمور وان

أجاب بضد ماطلبه ، بأن اختار الفسخ بعد قوله : اختر الامضاء أو العكس .

فعلى الاول: كان مقتضى ماذكرنا انفساخ العقد ، اذ الفسخ نافذ في حق المأمور وان لم يكن مطلوباً للامر ، فاذا نفذ الفسخ في حق أحدهما انفسخ العقد ، فلا يبقى مورد لخيار الاخر .

لكن ذكر بعض المشائخ: أنه لوقال : اختر الامضاء، ففسخ بالحق المنتقل اليه ، ففي انفساخ العقد اشكال . ولعله مبني على كون قوله (اختر) تمليكاً للخيار للمخاطب .

ووجه الاشكال هو : أن الذي ملكه الامر هو اختيار الامضاء لا الفسخ ، فلو يكون الفسخ حقاً منتقلا اليه ، وحيث أنه فسخه بذلك الحق كان مثل فسخ الاجنبي فلايكون مؤثراً ، ومن أنه فسخ العقد وكان له ذلك فينفسخ العقد به وان لم يقصد كونه من نفسه ، ولابأس به بناءاً على التمليك ، أما بناءاً على ماذكرنا فلاوجه له لعدم ثبوت حق للمأمور سوى ماكان ثابتاً لنفسه حتى يقصد الفسخ بتلك الجهة .

وأما على الثاني: بأن اختار الامضاء بعد قوله: اختر الفسخ، فمقتضى ماذكرنا: سقوط خيار المأمور دون الامر ، أما سقوط خيار المأمور فلامضائه العقد ، وأما عدم سقوط خيار الامر ، فلانه كان راضياً بالفسخ على تقدير صدوره من المأمور، والمفروض عدم صدوره . وحكي عن الشهيد «قده» في « الدروس » سقوط خيار الامر حينئذ أيضاً . وقال شيخنا في « الجواهر » : أنه بعيد . وهو حسن ، لكن في دلالة كلام الشهيد على ذلك تأمل ، ولم يحضرني الان كتاب « الدروس » حتى ينظر فيه . فراجع .

هذا كله اذا كان التقييد بالامضاء أو الفسخ ، وأما اذا كان التقييد بنحو: عنك أو عني أو عنا ، فقد قال بعض المشائخ أن الاول خارج عن محل الكلام والاخيران داخلان بالاولوية .

أقول: أماخروج الاول عن محل الكلام فهو حق ، فان محل كلام الاصحاب هو ماإذا احتمل قوله للتمليك ، أو الاستنابة والتفويض . والتصريح بقوله :عنك ينافي ، فلو كان المستند في حكمهم لسقوط الخيار عند قوله : اختر ، من جهة النص، فذلك خارج عن مورد النص، وان كان من جهة دلالته على التمليك والاستنابة والتفويض ، فعدم السقوط واضح لعدم ارادة شيء من ذلك مع هذا التقييد. وأما حكمه بدخول الاخيرين في محل الكلام بالاولوية ، فوجهه ظهور ذلك في الاستنابة

وفيه : أن ذلك يوجب سقوط الخيار من الامر قطعاً، فلايدخل في محل الكلام اذ لايبقى مجال حينئذ لانكار الدلالة على السقوط .

ويمكن أن يوجّه : بأن كلامه مبني على كون الحكم بالسقوط من جهة التعبد بالنص ، لا من جهة الدلالة بقوله : اختر ، وحينئذ فالصورة الاولى ـ أعني ماإذا قال : اختر عنك ـ خارج عن النص كالصورتين الاخيرتين.

الا أن من قال بسقوط الخيار في قوله: اختر، من جهة النص تعبداً يقول بسقوط الخيار في قوله : اختر عني أو عنا، بالاولوية القطعية نظراً الى ظهوره في الاستنابة في الاختيار .

ومن لايقول بسقوط الخيار في قوله : اختر ، لايقول بالسقوط هنا لعدم التعبد بالنص ، وعدم تسليم الدلالة على الاستنابة .

وأما الصورة الاولى : فهي مما لايدخل في محل الكلام ولايسقط فيه الخيار قطعاً لخروجه عن النص ، وعدم صحة الاستنابة والتوكيل فيها بوجه . هذا ، بقي هنا شيء هو أنه : لااشكال في أن اسقاط أحدهما خياره لايوجب سقوط خيار الاخر بنفسه ، لان الخيار حق لهما فلكل منهما استيفائه واسقاط أحدهما لايقتضي سقوط حق الاخر ، بل له استبقاء حقه .

ومنه يظهر أنه لو أسقط أحدهما وفسخ الاخر انفسخ العقد مطلقاً سواء كان

الفسخ قبل التزام الاخر أو بعده ، وليس ذلك من قبيل تعارض الاجازة والفسخ، لعدم التعارض بينهما بعد تعدد الحق واستقلال كل منهما عليه .

نعم لوكان الحق واحداً وكان لكل واحد استيفائه ، يحصل التعارض اذا أجاز أحدهما وفسخ الاخر متقارنين ،كالاصيل في أحد طرفي العقد مع وكيله أو الوكيلين ، اذا قلنا بثبوت الخيار لهما ، فانه حينئذ تتعارض الاجازة والفسخ فيتساقطان لامتناع تأثيرهما معاً ولزوم الترجيح بلامرجح، لوحكم بتأثير أحدهما فيبقى العقد على حاله . وماذكره العلامة على ماحكى عنه : من تقدم الفسخ مطلقاً . لا وجه له ،كما أنه اذا فرض تقدم أحدهما كان هوالمؤثر، سواءكان هو الفسخ أوالامضاء، ولايبقى تأثير للمتأخر وانكان هوالفسخ، لان الحق كانواحداً وقد سقط باجازة المتقدم، فلايبقى حق بعد حتى يؤثر .

ومن ذلك ـ أي من تعارض الاجازة والفسخ ـ : ماذا تصرف ذوالخيارفي العوضين دفعة واحدة ، بناءاً على أن تصرف ذي الخيار فيماانتقل اليه ، التزام بالعقد، وفي المنتقل عنه فسخ له .

وجعل شيخنا العلامة «قده» من ذلك: اختلاف الورثة في الفسخ والاجازة بأن أجاز أحدها الامضاء وفسخ الاخر دفعة .

وهو لاينطبق على شيء من الاقوال المعروفة في كيفية ارث الخيار فانهاثلاثة: أحدها : أن هناك حقاً واحداً قائماً بالمجموع . الثاني : أن لكل منهم في تمام المبيع. الثالث: أن لكل منهم خياراً بالنسبة الى نصيبه .

فعدم انطباقه على الاول واضح، لان أحد الورثة ليس له حق مستقل، بل هو تعلق بالمجموع، فلايؤثر امضاء البعض وفسخه، فمع الاختلاف لم يحصل السبب الذي هوامضاء الكل أوفسخهم .

وأمّا على الثاني : فلان حال ذلك يصير مثل حال المقام من تقدم الفسخ

مطلقاً لعدم التعارض، اذ اسقاط أحدهم حقه لايوجب سقوط حق الاخر .

وأما على الثالث: يؤثر امضاء كل أحد وفسخه في نصيبه، سواء أمضى الاخر أوفسخ فلاتعارض أيضاً لتعدد المحل ، فتصور التعارض حينئذ ممالاينطبق على شيء من الاقوال .

نعم هناك احتمال رابع احتمله «قده» في كتابه، وهو : أن يكون الخيار حقاً واحداً، لكن كان لكل منهم استيفائه كماذكرنا في الوكيل في طرف مع موكله ، فانه حينئذ يتحقق التعارض اذا أجاز أحدهم وفسخ الاخر دفعة ، فيتساقطان لمكان التعارض وعدم المرجح .

وماذكره من تحقق التعارض في صورة اختلاف الورثة ينطبق عليه، الا أنه مع كونه خلاف مختاره ممالم نعثر على قائل به، وانما هو مجرد احتمال احتمله فلاوجه للحكم بالتعارض في صورة اختلاف الورثة مع عدم جريانه على شيء من الاقوال المعروفة .

الثالث

من المسقطات لهذا الخيار : (التفرق عن المجلس)

ولااشكال بل ولاخلاف في سقوط الخيار المذكور في الجملة، والنصوص عليه مستفيضة بل متواترة، والاجماع بقسميه على ذلك أيضاً، فلاكلام في ذلك .
وانمايقع الكلام هنا في أمور لايخلو ذكرها عن فائدة .

منها : أنه هل يشترط في سقوط الخيار بالتفرق دلالته على الالتزام بالعقد والرضا به نوعاً أوشخصاً، أو لايعتبر شيء منها، بل يسقط الخيار به وان علم بعدم التزامهما بالبيع بل صرّحا به ، والفرق بين اعتبار الدلالة على الرضا نوعاً وبين

كون الاسقاط به تعبدأ انمايظهر في صورة العلم بالخلاف . فانه لوقلنا بأنه يعتبر فيه الدلالة على الرضا نوعاً ، بمعنى أنه انمايسقط بـه الخيار لكونـه أمارة على الرضا عرفاً، فلايكون صورة عدم اقترانـه بالرضا ـ كمالوصرح بذلك ـ مسقطاً للخيار أوعلم عدم رضائـه بالقرائن الحالية بخلاف مالوقلنا بكونـه مسقطاً تعبداً بمعنى أنه سبب للاسقاط، فانه حينئذ يسقط بـه الخيار وان صرّحا بعدم ارادتهما بذلك لزوم العقد .

وأماالفرق بين كون اعتبار الدلالـة على الرضا فيه نوعاً أوشخصاً بعد البناء على الاعتبار ، فانمايظهر في صورة الشك، فانه لوكان المعتبر هو الدلالـة نوعاً كان حينئـذ مسقطاً أيضاً ، وهذا بخلاف مالو اعتبرنـا الدلالـة على الرضا فعلا وشخصاً، فانه حيث لادلالة فعلا وشخصاً لاوجه لسقوط الخيار به حينئذ .

وكيف كان فالمشهور بينهم هو كون اسقاط الخيار به من باب التعبد، بمعنى كونه سبباً مستقلا لسقوط الخيار من دون اعتبار دلالته على الرضا نوعاً أوشخصاً بل لم نعرف الخلاف في ذلك، عدا ماتوهـم من صاحب « الحدائق »، حيث أن المحكي عنه هواعتبار دلالته على الرضا من جهة اعتباره في التفرق كونه من جهة هذا الفرض، أي سقوط الخيار ولزوم العقد .

وربمايتمسك له بصحيحة الفضيل: (فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما) ، حيث دل على عدم الخيار اذاكان الافتراق بعد الرضا . أو أن يقال في معناهـا : لا خيار بعد الافتراق الذي هو الرضا منهـما ، فيدل على اعتبار الرضا ، فلايكفي مطلق الافتراق حتى الحاصل منـه بعد الرضا، لكون العبرة على الرضا ، فيدور مداره .

ويرد عليه أولا : أن الرضا لم يذكر متعلقـه في الروايـة فيحتمل أن يكون المراد بـه الرضا بأصل العقد ، فيكون المعنى فلا خيار لهما اذا كانا راضيين

بأصل ايقاع العقد ، فيكون ذلك احترازاً عما لو أوقعا العقد اكراهاً فلايسقط خيارها بالافتراق، بل لابد من سقوط خيارهما من الرضا ويكون الافتراق بعده .

ويحتمل أن يكون المراد به الرضا بالافتراق ، فيكون احترازاً عما لو كان الافتراق ناشئاً من الاكراه .

ويحتمل: أن يكون المراد به هو الرضا ببقاء العقد، بمعنى أنه لاخيار الا بعد الافتراق الذي كان حاصلا مع الرضا بلزوم العقد وبقائه .

والاستدلال بالرواية على اعتبار الرضا في الافتراق انما هو هذا الوجه الثالث ، ومن المعلوم عدم صراحة الرواية بل ولا ظهورها في ذلك لمكان الاحتمالين الاخرين . ثم لوسلمنا ظهورها في هذا الاحتمال الاخير الذي هو مبنى الاستدلال . نقول: ان غاية ماتدل عليه الرواية المذكورة هو كون الافتراق الحاصل بعد الرضا مسقطاً للخيار، وهذا لاينافي سقوط الخيار بمطلق الافتراق وحينئذ فمادل على سقوط الخيار بمطلق الافتراق يدل على كفاية مطلق الافتراق وان لم يكن من جهة كشفه عن الرضا بالعقد. وليس المقام من موارد حمل المطلق على المقيد كمالايخفى، وليس في الرواية دلالة على عدم سقوط الخيار بالافتراق الغير المقرون بالرضا الا من جهة مفهوم القيد، وهو أيضاً بعد تسليم أصل الدلالة انما يسلم لو لم يكن القيد وارداً مورد الغالب، والقيد في المقام وارد مورد الغالب لان الافتراق غالباً لايكون الا مع الرضا ببقاء العقد، فلامفهوم له حتى يوجب تقييد المطلقات . فالمتجه : ماعليه المشهور من كفاية الافتراق، ولو لم يكن مقروناً بالرضا وكاشفاً عنه.

ومنها مايحصل به الافتراق : لااشكال في أن المراد بافتراق المتبايعين ليس هو افتراق جسميهما حقيقة ، لانه حاصل حين العقد، بل المراد افتراقهما بالنسبة الى الهيئة الاجتماعية الحاصلة لهما حين العقد وقد فسره المحقق الثاني بطرو

الافتراق بحيث يزيد تباينهما من البعد .

ولايخفى: أن مقتضى الاخذ بظاهر ذلك كفاية مطلق الزيادة حتى مثل الانملة ومادون وليس بمراد قطعاً، اذليس المناط هو الزيادة الحقيقية فان الاحكام الشرعية لاتناط بالمداقة الحكمية ، فالمراد منه هو الزيادة بحسب العرف .

وقد اختلف في أقل مايتحقق به ذلك على أقوال ثلاثة :

أحدها: مااختاره المشهور من أن أقل مايتحقق به الافتراق هو البعد بمقدار خطوة ، وتأويل ذلك بأن ذكر الخطوة من باب التمثيل أومبني على الغالب ـ كماعن شيخنا العلامة الانصاري «قده» ـ هوخلاف الظاهر .

الثاني: تحققه بأقل من الخطوة أيضاً .

الثالث: مايظهر من الفاضل النراقي من التأمل في كفاية الخطوة بل خطوتين بل ثلاثة، نعم يتحقق بنحو الخمسة والستة .

اذا عرفت هذا فاعلم : ان الخلاف في ذلك تارة في تحقيق مابه يتحقق المسمى العرفي، وأخرى من جهة ورود التحديد الشرعي .

أما الجهة الاولى: فتفصيل الكلام فيه : أن الزيادة في الافتراق من الامور المتقولة بالتشكيك، والامور المتقولة بالتشكيك لها مراتب .

منها : مالايصدق عند العرف تحقق ذلك به، كمقدار الانملة فيمانحن فيه ، والشك مرتين في تحقق مصداق كثير الشك .

ومنها: مايصدق تحقق ذلك به قطعاً ، كخمسة خطوات أوأكثر فيمانحن فيه والشك بأكثر، بمعنى ثلاث مرات في صلاة واحدة .

ومنها: ماهو مشكوك في الصدق العرفي وعدمه ، كمقدار الخطوة في الاقل منه يسيراً فيمانحن فيه، وثلاث مرات في كثير الشك .

وحينئذ فنقول : أما الاقل من الخطوة : ففي صدق الافتراق عرفاً تأمل

بل منع لصحة السلب عنه عرفاً ، فيدور الامر بين تحققه بالخطوة والاكثر منه فيكون مجملا مردداً بين الاقل ـ وهو مقدار الخطوة ـ والاكثر ، فيجب الرجوع فيه الى الاصول والقواعد . فالذي يصلح أن يرجع اليه في المقام ، أمور ثلاثة :

(أحدها) استصحاب الخيار الثابت قبل الافتراق بمقدار الخطوة ، فانه لوتم لاقتضى عدم كفاية مقدار الخطوة بل أكثر منه أيضاً. وبه تمسك النراقي في قوله بعدم كفاية الخطوة، بل الخطوتين بل الثلاث، بعد دعوى انصراف الادلة الى الافتراق بأكثر من ذلك .

ولكن يدفعه : منع جريان الاستصحاب هنا، وذلك للشك في تبدل الموضوع فان الخيار الثابت سابقاً انما كان من جهة عدم حصول التفرق وهو هنا مشكوك، ومع الشك في بقاء الموضوع لايجري استصحاب الحكم، ـ أعني الخيار ـ اذ موضوعه عدم الافتراق ، وقد وقع الشك في مقدار الافتراق وتحققه . فلعل للهيئة الاجتماعية وعدم الافتراق الذي هو موضوع الخيار مدخلية، فاستصحاب الموضوع يصير في الشك في المقتضي .

الثاني: العمومات، أعني عمومات الخيار كقوله ﷺ: (البيعان بالخيار مالم يفترقا) فان مقتضى ذلك ثبوت الخيار الى حصول الافتراق، وحينئذ فاذا شك في صدق مفهوم الافتراق نتمسك بعموم الدليل المذكور ومقتضاه ثبوت الخيار، فان المرجح عند اجمال المخصص مفهوماً هو عموم العام، فقد خرج عن عموم ذلك ماإذا حصل الافتراق ، والافتراق مشكوك .

وفيه : أن المخصص هنا متصل ، وهو قوله (مالم يفترقا) فان الغاية من المخصصات: المتصلة. وقد قرر في محله أن العام اذا خصص بمتصل مجمل مردد بين الاقل والاكثر ، صار مجملا ، ولاظهور له في غير الاقل بوجه حتى يؤخذ بعمومه فيه .

الثالث : العمومات الدالة على وجوب الوفاء بالعقد ولزومه ، فانه خرج عنه ماذا لم يحصل الافتراق، وحيث أن الافتراق مجمل مردد بين الاقل ـ وهو التباعد بالخطوة ـ وبين الاكثر منها ، فانكان يتحقق بمقدار الخطوة ،كان العقد لازماً عندالتباعدبالخطوة فلايلزم تخصيص العمومات بالنسبة اليه، وان كانلايتحقق بمقدار الخطوة لزم خروج صورة التباعد بمقدار الخطوة عن عموم الادلة المذكورة ، وحيث أن أدلة الخيار مخصصة لتلك العمومات، منفصلة عنها ، وقد تردد أمره بين الاقل والاكثر .

فيجب الرجوع في غير متيقن الخروج ـ وهو الاقل ـ الى العمومات، لما قررنا في الاصول من أن العام المخصص بالمجمل المردد بين الاقل والاكثر يجب الاخذ في غير الاقل المتيقن الخروج بالعام مع كون المخصص منفصلا كما اذا قيل: اكرم العلماء ، ثم قال: لاتكرم الفساق، وتردد الفاسق بين مرتكب الكبائر وبين مطلق العاصي حتى مرتكب الصغيره ، فانه يؤخذ بعموم العام في غير مرتكب الكبائر ، فيحكم بوجوب اكرام مرتكب الصغائر .

فيجب في المقام الاخذ بعموم مثل قوله : (أوفوا بالعقود) في غير المتيقن خروجه وهو عدم الافتراق بمقدار الخطوة . وأما الافتراق بمقدار الخطوة وأكثر منها : فيجب التمسك فيه بعموم (أوفوا بالعقود) ونحوه، الدال على اللزوم.

فالمتجه على هذا البيان : هو ما ذهب اليه المشهور من حصول الافتراق المسقط للخيار بالتباعد بمقدار الخطوة .

وأما التباعد بأقل منه فهو وان كان مقتضى ما ذكرناه سقوط الخيار به أيضاً اذا فرض الشك في صدق الافتراق عليه عرفاً . الا أنك قد عرفت أنه لا يصدق عليه الافتراق عرفاً لصحة السلب فلا شك في ذلك حتى يرجع فيه الى العموم .

هذا كله على تقدير عدم ثبوت التحديد الشرعي .

وأما اذا ورد تحديد شرعي له ، فلا اشكال في أنه المتبع، فالكلام في المقام في ثبوت التحديد الشرعي . فنقول : يظهر من بعض : ثبوت التحديد الشرعي في طرف الاقل بعدم كفاية مثل الخطوة والخطوتين بل الثلاث أيضاً، لماروي عن مولانا الباقر عليه‌السلام . في أرض اشتراها، على مافي صحيحة ابن مسلم عن الباقر عليه‌السلام أنه قال: بايعت رجلا، فلما بايعته فمشي ومشيت خطاءاً ثم رجعت الى مجلسي ليجب البيع حين افترقنا .

ووجه الدلالة أنه عليه‌السلام علل المشي بالخطى التي لايتحقق صدقه بأقل من ثلاث من جهة أرادة وجوب البيع بالافتراق، فلو كان الافتراق حاصلا بدون ذلك، لم يكن وجه لذلك .

ثم ان أقل الجمع لماكان ثلاثة، فلادلالة في الرواية ظاهراً على اعتبار أكثر من ثلاث بل كان مقتضى ظاهره كفاية الثلاث لكونها أقل الجمع .

وقد تفطن لذلك الفاضل النراقي ـ المستشكل في كفاية الثلاث ـ فأجاب عن ذلك : بأنه انما يدل على أن فعل الامام كان موجباً لحصول الافتراق ، ولم يعلم أن فعله كان ثلاث خطوات لاأكثر، بل لعله مشى بالخطوات الخمسة أو الستة أو أكثر، فلم يثبت منه على كفاية أقل الجمع ـ أعني الثلاث ـ والحاصل: أن الرواية انما تدل على عدم كفاية أقل الجمع ـ أعني الثلاث ـ في طرف الاقل، فثبت من ذلك تحديد الافتراق في جانب الاقل . وأما تحديده في مقدار المعتبر من الخطوة فلا يثبت ، لاحتمال ارادة أكثر من الخطوات الثلاث من الجمع .

وكيف كان يضعّف ذلك بأن ثبوت التحديد الشرعي في طرف الاقل بتلك الرواية موقوف على اعتبار مفهوم العدد والعلة ، وكلاهما محل تأمل .

أما وجه ابتنائه على مفهوم العدد، بتقريب أن يقال: أن الخطاء ـ بالضم ـ جمع

وأقله ثلاثة، فيصير مفهومه: أن الاقل من الثلاث لايوجب لزوم البيع . وأماوجه ابتنائه على مفهوم العلة ، بتقريب أن يقال: أن العلة في اللزوم هو المشي بالخطاء الثلاث وأقل منه لايصير علة للزوم، فيدفع بأن كون الثلاث علة الافتراق لايوجب نفي ماعداه اذ كما يمكن أن تكون العلة لحصول اللزوم ثلاث خطوات ،كذلك يمكن أن تكون الخطوة الواحدة أو الاثنتين أيضاً علة لـه كما يمكن أن يكون خمس خطوات أو ست، علة .

والحاصل: أن العلة مسلمة في جانب الوجود والثبوت وأما في جانب الانتفاء عند الانتفاء ، فليس بمسلّم في أمثال المقام ،كما قرر في الاصول، مضافاً الى أنه حكاية فعل ،كما أنه لايقتضي على كفاية الثلاث حسبما تفطن به ،كذلك لايقتضي على عدم كفاية أقل منها.

فلاتدل تلك الرواية على عدم كفاية أقل من ثلاث خطوات . واما أبعد بين استدلال ذلك البعض ـ أعني الفاضل النراقي في مستنده ـ وبين مافي «الرياض» حيث استدل على كفاية الخطوة الواحدة بتلك الرواية، حيث قال ماهذه عبارته : ولولاها ـ أي هذه الرواية المذكورة ـ لاشكل اثبات اللزوم وسقوط الخيار بالافتراق بنحو من الخطوة باطلاق مفهوم الاخبار المتقدمة لاختصاصها بحكم التبادر بالافتراق المعتدبه الغير الصادق على الافتراق بنحو الخطوة عرفاً وعادة (انتهى) .

فيرد على مافي «الرياض» أنه لايستفاد من المعتبرة التي منها هذه الصحيحة ـ أعني ابن مسلم ـ اعتبار الخطوة الواحدة ، لان الخطاء ـ بالضم ـ جمع خطوة كغرف جمع غرفة ، لولم يدل على اعتبار الثلاث فلايدل على كفاية نحو من الخطوة قطعاً ، الا أن يقال: أنه رأى كونه مفرداً واطلع على ورود هذا الوزن من هذه المادة في الافراد ، فيصير حينئذ الجمع : الخطوات ، ومفرده : خطوة وخطاء ـ بالضم ـ .

ولكن ثبوته في غاية الاشكال ، بل الثابت في الاستعمالات افراد الخطـوة وجمعه بالخطوات والخطاء ، فالاولى رفع اليد عن تلك الرواية في دلالتها على كفاية نحو من الخطوة كما في « الرياض » أو على عدم كفاية أكثر منها .وحيث ليس لنا فيما عثرنا خبر آخر مشتمل على لفظ (الخطوة) وتحديد الافتراق هنا ، فلابد حينئذ من المراجعة الى التحديد العرفي ، وتنزيل اطلاق أخبار الافتـراق عليه . وليس له معنى سوى المعنى اللغوي ، وهو متحقق بالبعد بالخطوة ونحوها يسيراً بحيث يتسامح في صدق الخطوة، فيصير المختار حينئذ منطبقاً على ماذهب اليه المشهور .

ولو أبيت عن ذلك ومنعت صدق الافتراق بنحوها بدعوى انصرافه الـى أكثر منها .

نقول : بعد منع الانصراف أن المرجع هو عمومات لزوم البيع بعد طروّ الاجمال لعمومات الخيار بالمخصص المتصل. والخدشة في الاستصحاب بانتفاء شرطه ، لعدم العلم ببقاء الموضوع كما عرفت .

ثم أنه لافرق في كفاية الخطوة بين أن يكون البيع وحصول الافتراق في الدار الصغيرة أو الكبيرة ، وبين قرب المكانين وبعدهما ، خلافاً لبعض العامة ، حيث شرط في الدار الصغيرة الخروج منها أو الصعود الى سطحها ، واكتفى في الكبيرة بالانتقال من الصفة الى الصحن لعدم مدخلية المكان والاشخاص وكيفيتها في تحديد الافتراق لعدم اختلاف معاني الالفاظ بها ، كما هو واضح .

وهل العبرة في تحقق الافتراق أن يكون بعد تمامية القبول ؟ أم يكفي بعـد الايجاب ، وقبل لحوق القبول تظهر الثمرة فيما لو افترقا بين الايجاب والقبـول فعلى الاول : لايسقط الخيار ، وعلى الثاني : يسقط ويصير البيع لازماً ، والاقوى هو الاول ، لعدم صدق (البيّعان) الا بعد تمامية العقد ، ولحوق القبول .

وهل يكفي التفرق ببعض البدن ولو بنحو من الخطوة بل أكثر مع بقاء بعض البدن على الحالة الاولى ، كما اذا كانا في طرفي المحمل ، يميل كل منهما طرف رأسيهما على خلاف الاخر فيبعدا رأسيهما عن الهيئة الاولية أو العكس ؟ أم لا ؟. والاولى احالة ذلك وأمثالها الى العرف، لان الافتراق موضوع عرفي يدور مدار الصدق العرفي .

في تفرق المجلس بالموت

ومنها : أن مفارقة الارواح هل هي كمفارقة الابدان في سقوط الخيار أم لا ؟ احتمل العلامة «قده» في «القواعد» وفي محكي «التذكرة» : كفاية مفارقة الارواح في السقوط، وقوّاه في محكي الحاشية المعلقة على «الارشاد» ، واستظهره الاردبيلي « قده » ، واستدل على ذلك : أن مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس .

ويضعّف : بارادة التباعد المكاني من الافتراق لتبادره فيه وهو ظاهر في تباعد الاجسام مضافاً الى أن يموت أحدهما لايعلم مفارقة روحه عن الاخر في المجلس، مع أن الاولوية في الاحكام الوضعية ممنوعة ، فلاريب حينئذ في عدم سقوط خيار المجلس بموت أحدهما في المجلس .

فحينئذ ينتقل خيار المجلس الى الوارث وفاقاً للمشهور ، بل كاد أن يكون اجماعاً ، فيكون ذلك كسائر الخيارات في انتقالها الى الوارث من غير خلاف واشكال هناك .

ثم انه لما كان خيار المجلس لم يسقط بموت أحدهما مع بقاء الميت والاخر في المجلس ، انتقل الى الوارث وهو قد يكون حاضراً وقد يكون غائباً .

ففي الحاضر : لم يفصّلوا ولم يحتملوا له وجوهاً واحتمالات، بل ذكر العلامة « قده » في « القواعد » حكمه بكلمة واحدة ارسال المسلمات حيث قال : فان كان

حاضراً امتد الخيار بينه وبين الاخر مادام الميت والاخر في المجلس (انتهى) . واكتفى بذلك .

وفي المسالك زاد فيه احتمالا واحداً ، حيث قال بعد قيام الوارث مقام الميت في الخيار بما هذه عبارته : وهل يقوم في اعتبار التفرق أو يبقى الحكم معلقاً بمفارقة الميت أو الاخر ؟ وجهان ، أجودهما الثاني. ولم يتعرضوا أكثر من ذلك الوجهين في حق الحاضر .

وأما في ماكان الوارث غائباً : ذكروا له وجوهاً تقرب الى سبعة أو ثمانية ، فيتوجه حينئذ اليهم الاشكال والايراد في التفكيك مع أن الوجوه التي تذكر في الغائب تجيء في الحاضر أيضاً ، فما الفرق بينهما ؟ فنحن نتعرض بذكر الوجوه حتى تتبين لك حقيقة الحال .

فنقول : أما في الحاضر : فيه وجهان على مافي « المسالك » :

أحدهما : سقوط اعتبار الميت في صدق التفرق وتحققه ، بل العبرة في الاقتران بين احد البيّعين ـ الحي ـ وبين الوارث الحاضر مالم يفترقا عن المجلس فالخيار ثابت سواء فارق الميت المجلس أم لا ، فالوارث كما قام مقام الميت في أصل حق الخيار ، كذلك قام مقامه في التفرق لعدم العبرة بتفرق الميت واجتماعه .

وثانيهما : ثبوت الخيار للوارث مادام الميت والبائع الحي الاخر لم يفترقا فلو افترق الميت أو الاخر الحي ، سقط خيار الوارث، واختاره في « القواعد » و « المسالك » عملا بظاهر النص ، لان الخيار مغيى بمفارقة البيعين وهي تحصل بانتقال الحي ، وبنقل الميت عن المجلس مع عدم مصاحبة الاخر معه .

وأما فيما كان الوارث غائباً ، فيه وجوه :

أحدها : مااختاره في « الجواهر » ، واحتمله في « جامع المقاصد » من

ثبوت الخيار للوارث مطلقاً من غير أن يكون مفارقته عن مجاس وصول الخبر أو مفارقة الحي أو الميت مسقطاً .

أما عدم كون مفارقةالوارث مسقطاً، لعدم كونه بيّعاً. وأما مفارقة الميت لعدم كونه اختيارياً ، فحيث أن المسقط هو الافتراق الاختياري ، فيتعذر حصولهدائماً فيصير الخيار حينئذ أبدياً لدوام عدم الافتراق الاختياري الذي هومسقط للخيار. فان الخيار انما شرع فيما لم يفترقا ، فما كان عدم الافتراق محققاً ثابتاً يثبت حكمه وحيث كان المراد من الافتراق هو الافتراق الاختياري ـ كما سيجيء تحقيقه ـ قد تعذر حصوله بين البيعين بعد موت أحدهما ، فمع نقل الميت أو انتقال الحي عنه لم يحصل الافتراق الاختياري بينهما . ومن المعلوم أن مقتضى النص والدليل ثبوت الخيار مالم يحصل الافتراق الاختياري ، والمفروض عدم حصوله .

والحاصل : أن النص دال على أن المسقط هو الافتراق الاختياري ، وهو لا يحصل تارة باختيار ـ من البيّعين ـ الاجتماع ،كما اذا كانا البيعان موجودين ومجتمعين . وأخرى لاباختيار الاجتماع بل بانتفاء الموضوع ،كما اذا تعذر الافتراق من جهة انعدام موضوعه بالموت ، ففي موت أحد البيعين أو كليهما يصدق أنهما لم يفترقا ، فيثبت الخيار مطلقاً وينتقل الى الوارث . ثم ان فيموت كليهما الافتراق متعذر في كلا الجانبين ، وفي أحدهما من جانب الميت. ولكن لو فارق أحد البيعين الحي عن الميت ـ يندرج في حكم المسألة ـ الاخر،أعني فيما لو فارق أحدهما .

وثانيها : ثبوت الخيار للوارث الغائب حين بلوغ الخبر اليه فوراً ، فان اختار الامضاء أو الفسخ فوراً فبها ، والا لسقط .

ووجه ذلك : أما ثبوت الخيار له ، فلكونه حق تركة الميت ، فكل حق

تركه الميت فهو لوارثه فيشمله الادلة الدالة على انتقال أموال الميت وحقوقه الى وارثه كما سبق ، وسيأتي أيضاً بيانه .

وأما كونه فورياً: فلدفع الضرر، حيث أن بقاء الخيار له ضرر للاخر، فينتفي بالادلة النافية للضرر .

فيه : ان الخيار انما شرّع لدفع الضرر، بمعنى أنه يستدل على ثبوت الخيار بالادلة النافية للضرر ، فيثبت الخيار غالباً بقاعدة لاضرر ، ومع ذلك كيف تكون هنا نافية للخيار لعدم المنافاة بينهما .

نعم ذلك حسن بالنسبة الى مذهب من رأى عدم الانتقال في زمن الخيار ، أو على مذهب من قال بعدم جواز التصرف في زمن الخيار ،كما حكيناه عن الشيخ « قده » وأما على مذهب المشهور المنصور من جواز التصرف للمتبايعين في زمن الخيار ، فلامسرح للضرر في جعل الخيار أصلا .

وثالثها : ثبوت الخيار له مع امتداده بامتداد المجلس الذي وصل فيه الخبر الى الوارث الغائب. ووجه ذلك: تنزيل مجلس الخبر منزلة مجلس العقد لانه مجلس ثبوت الخيار بالنسبة الى الوارث ، فيكون كمجلس العقد ، فيمتد الخيار حينئذ بامتداد ذلك المجلس .

وتقريب ذلك أن يقال : أنه ليس لمجلس العقد خصوصية في ثبوت الخيار كما أنه ليس لخصوص البيعين مدخلية وخصوصية في ملاحظة افتراقهما ، بمعنى انه لاعبرة في افتراق المتبايعين في سقوط الخيار حتى لايكون للوارث الغائب خيار مع نقل الميت عن مجلس العقد ودفنه .

كما أنه لاعبرة بالمجلس الذي وقع فيه ، في امتداد الخيار ، وان كان ظاهر النص يساعد ذلك ، بل العبرة بثبوت الخيار دوام الخيار بدوام المجلس وسقوطه بالافتراق انما هو مجلس ذي الخيار وافتراقه ، لمكان استفادة المناط والحيثية من

النص الشريف ، أعني قوله ﷺ (البيعان بالخيار مالم يفترقا) ، فان الحكم وان كان ثابتاً لهما كما أن الضمير يرجع اليهما ، الا أنه ملحوظ فيه من حيث كونهما ذوي خيار ، فالخيار ثابت للبيعين عند عدم الافتراق وساقط عند الافتراق من حيث كونهما ذوي خيار .

فلابد من ملاحظة عدم الافتراق بالنسبة الى المجلس الذي ثبت فيه الخيار فمالم يحصل البعد والافتراق عن ذلك المجلس يدوم الخيار ، كما أنه اذا زاد البعد بينهما عما كانا عليه وحصل الافتراق ولو كانا مجلسين عما كانا عليه مستقبلين يسقط الخيار . فلايتوجه حينئذ مافي « جامع المقاصد » وغيره من الايراد على ذلك بأن المراد من المجلس مجلس البيع لامطلق المجلس ، فتحديده بهذا المجلس ـ أي مجلس بلوغ الخبر ـ تحكّم .

نعم يجاب عن ذلك بتقريب أن الثابت من النص والفتوى هو ثبوت الخيار للوارث . وأما تنزيله منزلة الميت في الافتراق ، بمعنى كون المسقط افتراق الوارث ، وفي بقاء الخيار بدوام المجلس الذي وصل فيه الخبر ، ممنوع لعدم دليل يدل على عموم المنزلة ، بحيث يكون افتراق الوارث بمنزلة افتراق الميت ولان احراز البعد والافتراق بين الوارث وبين الاخر العاقد في غاية البعد والاشكال بل يتعذر غالباً ، خصوصاً في البلاد النائية والبعيدة ، اذ لو تحرك كل واحد منهما الى جهة من الجهات ، كما يحتمل زيادة البعد والافتراق ، كذلك يحتمل القرب فلاينبغي تنزيل حكم الشارع الى الموضوعات الخفية التي لايعلمها الا عالم السر والخفيات .

ورابعها : سقوط الخيار بالنسبة الى الميت دون الاخر ، كما هو ثالث محتملات « المسالك » . ووجهه موقوف على مقدمتين :

الاولى : حصول الافتراق بمفارقة الروح ، كما احتمله العلامة « قده » ..

الثانية : كون الافتراق قابلا للتجزئة ، بمعنى حصوله بمفارقة أحدهما بحيث يصدق الافتراق بالنسبة اليه دون الاخر ، فالميت يسقط خياره لصدق الافتراق بالنسبة اليه ، بخلاف الاخر ، فخياره يكون باقياً لعدم صدق الافتراق بالنسبة اليه فلما سيأتي في مسألة الاكراه من انه لو أكره أحدهما على الافتراق لم يسقط خيار الاخر مادام باقياً .

وهذا كماترى : أضعف الوجوه لمنع صدق الافتراق بمجرد الموت لظهوره في التباعد بحسب المكان والابدان ، وعلى الصدق يرد عليه : أنه كما يسقط به خياره يسقط به خيار الاخر أيضاً لصدق افتراقهما بمفارقة أحدهما .

وخامسها : ماحتمله بعضهم : عكس ذلك من سقوط الخيار عن الاخر مع بقائه للميت فينتقل الى ورثته .

أما وجه ثبوت الخيار للميت فلما سيأتي من أن الاكراه على التفريق لايسقط به الخيار، والتفرق هنا وان صدق بسبب الموت ، الا أنه لما كان من دون اختيار الميت فلايسقط به الخيار .

وأما وجه سقوطه عن الاخر فلما سيأتي من أنه اذا أكره أحدهما على التفرق دون الاخر بطل خيار الاخر اذا تمكن من الاختيار ، كما هو المفروض في المقام. وهذا الاحتمال عكس احتمال سابقه. فيرد عليهما معاً ماسيأتي من عدم وجه للحكم بسقوط الخيار من أحدهما دون الاخر ، فان الافتراق من الافتراق من أحدهما. فان مثل هذا الافتراق من أحدهما لايوجب سقوط الخيارين، مضافاً الى منع صدق الافتراق بمفارقة الروح كما سيأتي .

وسادسها : كون العبرة ببدن الميت والاخر في حصول الافتراق وعدمه، فما دام بدن الميت والاخر باقيين في المجلس، ثبت الخيار للوارث،فاذا خرج أحدهما حصل الافتراق وسقط الخياران .

وهذا الوجه هو الذي استجوده في « المسالك ». ووجهه واضح، لان النص دل على ثبوت الخيار للبيّع مادام في المجلس . وسقوطه بتفرقه عنه ، وحيث أن البيّع قد مات ، فينتقل خياره الى الوارث بمقتضى أدلة الارث. لكن خيار الوارث انما يتبع خيار المورث ، وحيث أن خياره كان ثابتاً مالم يحصل التفرق بينه وبين الاخر ، فخيار الوارث يكون أيضاً كذلك .

وبعبارة أخرى : أن التوريث انما يقتضي ثبوت الخيار في مورد ثبوته للميت والثبوت للميت كان مالم يحصل الافتراق بينه وبين الاخر فيكون المتبع هو الافتراق بين الميت وبين الاخر لا بين الوارث وبين الاخر، وحيث أن الموت ليس افتراقاً فيبقى الخيار مادام لم يحصل الافتراق بين الميت وبين الاخر . وهو حسن على تقدير صدق البيّع على الميت وامكان تحقق الافتراق في حقه ، وكلا الامرين محل تأمل كما سيأتي بيانه .

وكيف كان فلنتعرض للقول الاخر وهو سقوط هذا الخيار بالموت ، كما احتمله العلامة وقوّاه في محكى تعليق « الارشاد » وتأمل في ذلك في « مجمع الفائدة » حيث قال : أن في موت خيار المجلس له ـ أي للوارث ـ تأمل . واختاره السيد في « الدلائل » . والذي يصلح أن يستند لذلك وجوه :

(الوجه الاول) مايظهر من السيد في « الدلائل » من سقوط الخيار بالموت رأساً ، لكن لا لما ذكره العلامة « قده » من الاولوية بل لعدم شمول أدلة الخيار وهو قوله ﷺ « البيّعان بالخيار مالم يفترقا » لحال الموت ، فان الظاهر من النص : ثبوت الخيار لهما مادام لهما شأنية الافتراق .

فالافتراق المسقط هو الافتراق ممن له شأنية ذلك لا مطلقاً فيكون النص شاملا مادام هذا الوصف العنواني والقابلية باقياً ، واذا ارتفعت بأن خرجا عن القابلية، خرجا عن تحت النص ولم يكونا مشمولين لادلة الخيار، وحينئذ فمقتضى العمومات

اللزوم وعدم الخيار ولايعارضه شيء عدا استصحاب الخيار، اذ المفروض دخوله تحت النص مايفرض فيه القابلية، وبعد انتفائها يشك في بقاء الخيار وعدمه، فالاصل هو البقاء، الا أن ذلك لايعارض الدليل اللفظي ، أعني العمومات ،وليس الاستصحاب موضوعياً ـ أي استصحاب عدم الافتراق ـ حتى يقال بتقدمه على العمومات ، بل المراد استصحاب الحكم ـ أي الخيار الثابت قبل انتفاء القابلية ـ فتكون العمومات حاكمة عليه .

قال في « الدلائل » ماهذه عبارته : ولو مات أحد المتعاقدين أو هما لسقط الخيار ، لان ظاهر النص اثباته للمتعاقدين الذين من شأنهما الافتراق، فلو انتفت أهليتهما لذلك بعد العقد كالموت، أو كانت منتفية من الاصل كما اذا اتحد الموجب والقابل ، أو كانا على بدن واحد أو حقو واحد ، فلاخيار، لسلامة العمومات حينئذ عن المعارض عدا استصحاب بقاء الخيار في الصورة الاولى ـ أي ماذا طرأ عدم القابلية ـ . وهو لايقبل معارضة الادلة اللفظية . نعم في خصوص الموت يمكن الحكم بانتقال الخيار الى الوارث كما سيجيء في أحكام الخيار . (انتهى) .

وعدم جريان الاستصحاب ـ أي استصحاب الخيار ـ في الصورة الثانية ـ أي ماذا كانت القابلية منتفية من الاصل ـ واضح، لعدم دخول ذلك تحت أدلة الخيار أبداً في وقت من الاوقات، بخلاف الصورة الاولى ـ أي ماذا طرأ عدم القابلية ـ فان مقتضى الاستصحاب هو بقاء الحكم السابق ـ أي الخيار. ـ فكلامه هذا كما ترى صريح فيما ذكرنا من عدم الخيار بعد الموت، الا أنه استشكل في خصوص الموت، ولعله للنص والفتوى من أن ماترك الميت من حق فهو لوارثه. واختاره في باب الاحكام، قال بعد الحكم بالانتقال الى الوارث. والجواب عن ماأحتمله العلامة وماذكره أولا، ثم ان كان الخيار خيار المجلس وكان الوارث في مجلس البيع قام مقامه في الخيار، وهل يقوم مقامه في اعتبار التفرق أو يبقى الحكم معلقاً

بمفارقة الميت والاخر؟ وجهان ، كما أنه لو كان غائباً، ففي ثبوته حين بلوغه الخبر فورياً أو ممتداً بامتداد مجلس الخبر ، ومبايعه أو سقوطه رأساً بالنسبة الى الميت وجوه . (انتهى) .

فكلامه هنا صريح في الانتقال الى الورثة .

بقي هنا شيء، وهو أن السيد قد جعل الاستصحاب في المقام جارياً ، وجعله أحد الادلة في المسألة ، غاية الامر أنه معارض بماهو حاكم عليه، فجعل مقتضى الاستصحاب: الخيار، ومقتضى الدليل اللفظي المقدم عليه: اللزوم، ويقدم الخيار، مع أنه لا وجه لجريانه في المقام ، اذ استصحاب الخيار ان لوحظ بالنسبة الى الوارث ـ أي عند الشك ـ يستصحب خياره .

ففيه: أنه ليس له حالة سابقة ان لوحظ الى الوارث لعدم المتيقن السابق من الخيار بالنسبة الى الوارث، وان لوحظ بالنسبة الى الميت المورث، فكذلك أنه باطل لتبدل الموضوع اذ المتيقن السابق خيار الحي البائع وقد تبدل وسقط بالموت، فأي تبدل أظهر من الحياة والمماة . وقد سبقه في ذلك كثير من الفقهاء حيث تمسكوا بالاستصحاب .

اللهم الأن يوجه : أن الغرض من الاستصحاب انما هو بالنسبة الى الطرف الاخر الحي فان الخيار كان ثابتاً له قبل موت صاحبه، وحيث حصل الشك بمفارقة صاحبه عن الدنيا، فيثبت له الخيار بالاستصحاب، فيحكم بخيار الوارث أيضاً لعدم القول بالفصل، بمعنى أن كل من قال بثبوت الخيار للطرف الاخر قال به للوارث، وكذا يتمسك بعدم القول بالفصل فيما اذا مات البيعان معاً فانه وان لم يجر الاستصحاب ، الا أنه يقال بعدم القول بالفصل بين موت أحدهما وبين موتهما معاً .

(الوجه الثاني) القول بعدم الخيار بعد الموت بوجه آخر ـ لا بما ذكره

العلامة« قده » والسيد، المذكور- بل بوجه يستفاد من المحقق الثاني في «جامع المقاصد » وتبعه على ذلك بعض المشائخ في شرحه على « اللمعة » .

ومحصل هذا الوجه هو أنه: اذاكان سقوط الخيار منوطاً بالافتراق ، لاجرم يكون ثبوته منوطاً بعدم الافتراق ، فيكون مفاد النص هو ثبوت الخيار مادام الموضوع- أي عدم الافتراق- ثابتاً، فاذا انتفى ذلك فلادليل على الخيار سواء كان انتفاء ذلك- أي عدم الافتراق بانتفاء المحمول ، أي مع بقاء البيعين- ، الا أنه حصل بينهما الافتراق، فينتفي عدم الافتراق بذلك أوبانتفاء الموضوع بأن ماتا أو مات أحدهما ، فانه بالموت ينتفي هذا الموضوع - أي عدم الافتراق- عمن شأنه ذلك. فاذا انتفى الموضوع فلايكون مشمولا للنص- أي دليل الخيار- ولايكون الخيار ثابتاً .

وهذا الوجه هو صريح الشيخ علي في شرح اللمعة ، وهو الذي أشار اليه المحقق الثاني ، حيث أورد على العلامة ، بعدما قال : وان كان غائباً امتد الى أن يصل الخبر اذا اسقطنا اعتبار الميت. انتهى . وهذاليس شيء لانتفاء عدمه وهوعدم تفرق المتبايعين اذا اسقطنا اعتبار الميت .

وهذا الايراد كما ترى مبني على جعل موضوع الخيار عدم التفرق ، وأنه ينتفي تارة بانتفاء المحمول - أي بحصول التفرق - وأخرى بانتفاء الموضوع كالموت حسبما ذكرنا فأورد على مصنفه : بأنه بعد اسقاط اعتبار الميت لامعنى لانتقال الخيار الى الوارث الغائب وامتداده الى أن يصل الخبر ، لان موضوع الخيار عدم التفرق ولاريب بانتفائه بالموت. فكأنه حمل قوله: ان أسقطنا اعتبار الموت على اسقاط اعتباره في التفرق وعدم التفرق في أصل ثبوت الخيار، أي أن الدليل الذي دل على ثبوت الخيار، انما دل على اناطة الخيار وجوداً وعدماً بالتفرق وعدمه اذاكان من شأنه ذلك ، وأسقطنا اعتبار الميت في ذلك، أي قلنا

أنه خارج عن النص وأنه لاعبرة بالافتراق وعدمه مع الموت فأورد عليه حينئذ أنه بعد ذلك لامعنى للانتقال الى الوارث حتى يقال في الغائب بامتداده الى وصول الخبر لانتفاء متعلقه ، وهو عدم التفرق .

فكأنه أورد عليه بالتناقض، حيث أنه علق الانتقال الى الوارث وامتداده لوصول الخبر على سقوط اعتبار الميت .

مع أن مقتضى سقوط اعتبار الميت حسبما فسره أي سقوطه عن النص واناطة الحكم وجوداً وعدماً بالتفرق وعدمه اذا كان من شأنه ذلك وسقوط الخيار وعدم الانتقال الى الوارث فيكون كلامه مشتملا على التناقض واستحسنه شيخنا في «الجواهر» فأورد على العلامة بما حاصله : أن الميت اذا سقط اعتباره وصار كأن لم يكن شيئاً مذكوراً ، فقد انتفى موضوع الخيار الذي هو عدم التفرق ، وحينئذ لايبقى خيار حتى ينتقل الى الوارث ، ففرض سقوط اعتبار الميت يوجب سقوط الخيار رأساً، فكيف يجعل ذلك وجهاً لامتداد الخيار الى زمان وصول الخبر الى الوارث الغائب . والخلاف في بقائه الى امتداد مجلس الخبر وعدمه .

(الوجه الثالث) ماأفاده العلامة في «القواعد» من أن مفارقة الدنيا أولى من مفارقة المجلس في الاسقاط .

هذه وجوه ثلاثة . استفدناها من كلماتهم وجهاً على القول بسقوط الخيار . ولكن قد يورد تارة على الاول : بأنه بعد البناء على أن النص يدل على ثبوت الخيار في حال عدم الافتراق اذا كان له أهلية الافتراق، فاذا مات ذهبت القابلية قطعاً فلامسرح للاستصحاب تبدل الموضوع .

ويندفع: بأنه وان كان مدعاه أن النص وان لم يشمل صورة ارتفاع القابلية الا أن مدخلية ذلك في الخيار مشكوك فيها، فيصح التمسك بالاستصحاب. وأخرى:

أنه ان أريد بالاستصحاب اثبات الخيار للميت ، فهو وانكان منتفياً في السابق ، لكنه ليس مشكوكاً في اللاحق، للقطع بعدم بقاء خيار للميت نفسه بعد الموت. وان أريد به استصحابه للوارث ، فهو وانكان مشكوكاً في هذا الزمان ، الا أنه ليس متيقناًسابقاً للقطع بعدم الخيار له قبل الموت فاقد الشرطين في الاستصحاب، وهو التيقن السابق ، والشك اللاحق منتفيان على التقديرين .

ولو أريد استصحاب نفس الخيار من دون نظر الى ما يتعلق به ، بتقريب أنه كان خيار قبل الموت وحصل الشك في ارتفاعه بالموت ، فيحكم ببقائه بالاستصحاب .

ففيه : ماأفاده شيخنا العلامة الانصاري في مقدمة ارث الخيار من أن الخيار حق ولايتقوّم بنفسه الا بالمستحق ، والمفروض أن مستحقه في الان الاول قد زال بالموت والوارث لوكان مستحقاً فهو فرد آخر، فيكون مانحن فيه من قبيل استصحاب المتبدّل أحد أفراده والتحقيق عدم جريان الاستصحاب فيمثله .

هذا فالذي يصح أن يعتذر عنه في التمسك بالاستصحاب كماصدر ذلك من جملة من الأساطين، منهم المحقق الثاني، ماذكرنا بأن المراد استصحاب الخيار بالنسبة الى الطرف الحي الاخر ، فيثبت بعدم القول بالفصل لصاحبه ، فينتقل الى الوارث، بالادلة الدالة على أن ماتركه الميت من الحق والمال فهو لوارثه، كماأنه يثبت بعدم القول بالفصل فيمااذا ماتا معاً في آنواحد .

وكيفكان، تدفع دعواه بمنع البناء ، أعني دلالة النص على سقوط الخيار اذا سقطت شأنيّة الافتراق ، فدعوى ظهوره فيماله شأنية الافتراق في صورة عدم الافتراق ممنوعة لصدق عدم الافتراق مماكان له شأنية الافتراق وعدمه .

وأماعلى الوجه الثاني، فيندفع بالمنع عنصدق انتفاء عدم التفرقبالموت لان الظاهر من انتفاءعدم التفرق انتفائه بمحموله ، ولايكون ذلك الا بالتفرق .

وأما بانتفاء الموضوع، فبعد تسليم صدق ذلك في المقام، فهوخلاف الظاهر من النص، فلايفيد النص سقوط الخيار به .

وأماايراد المحقق الثاني على مصنفه ومتابعة شيخنا في «الجواهر» عليه فهو ناشيء عن عدم عثورهما بمراده، فان لكلام العلامة «قده» أعني قوله (ان أسقطنا اعتبار الميت) احتمالات ثلاث :

أحدها : أن يكون مراده منه فرض وجود الميت كعدمه رأساً، وعليه يبنى ايرادهما من أنه على هذا التقدير ينتفي موضوع الخيار ، فلايبقى خيار من جهة عدم وجود البيّع، ولكن لايخفى بعد ذلك عن كلام العلامة «قده» .

الثاني : أن يكون مراده هواسقاط الميت في كون موته افتراقاً ، يعني أنه اذا لم نقل بكون الموت افتراقاً وأسقطنا اعتبار الميت من هذه الجهة. وهذا أيضاً بعيد، بل ربما يعد تكراراً .

الثالث : أن يكون المراد اسقاط الميت في مقام التفرق، بمعنى أنه لايعبأ بتفرقه واجتماعه في مقام سقوط الخيار وبقائه نظراً الى ماتقدم من أن الافتراق وان لوحظ في النص بالنسبة الى البيّعين ، وهما الميت والحي الاخر، الا أن ذلك كان من جهة كونهما ذوي خيار، فاذا مات البيّع خرج عن كونه ذا خيار ، فيسقط اعتبار تفرقه وعدم تفرقه .

وهذا الوجه هومرادالعلامة ، وعليه فلا وقع لايرادهما «قدهما» كمالايخفى.

وأما الوجه الثالث : فيدفع بماذكرنا من منع الاولوية ، لان الظاهر من الافتراق هو تباعد الجسم، وهو غيرحاصل بمجرد الموت ، مع أنه لوسلمنا أن المراد به التباعدبحسب الروح أومايعمه والتباعدبحسب الجسم فنقول: ان التباعد بحسب الروح غيرمعلوم الحصول بمجردالموت مضافاً الىمنع اعتبار الاولوية في الاحكام الوضعية كما ذكرنا غير مرة .

فظهر لك أن الحق في المسألة عدم سقوط الخيار بالموت كماعليه المشهور بل ادعى بعضهم منهم السيد في « الغنية » الاجماع على توريث هذا الخيار ، ولا يكون ذلك الا مع عدم سقوطه بالموت. وفي «التذكرة» أن الخيار عندنا موروث الى أن قال : وبه قال الشافعي الا في خيار المجلس ، فانه يدل على كون ارث خيار المجلس متفقاً عليه عند أصحابنا .

وأما الاظهر من الاحتمالات هو الوجه الاول الذي احتمله في «جامع المقاصد» واستقربه في « الجواهر » من امتداد هذا الخيار مطلقاً، بمعنى عدم سقوط هذا الخيار بعد موت أحدهما أو كليهما من جهة افتراق الميت ، أي نقله من مجلس العقد، أومن جهة افتراق الوارث .

بل لاعبرة بافتراق الاخر الحي أيضاً لماذكرنا أن النص دل على ثبوت هذا الخيار للبيّعين مالم يفترقا، فاذا مات أحدهما قبل التفرق انتقل خياره الى وارثه فيكون له الخيار بأدلة الارث وللاخر من جهة كونه بيّعاً والمسقط للخيار انما كان افتراق البيّعين وهذا المسقط لايتصور تحققه في المقام، فيجب الحكم ببقائه أبداً من هذه الجهة ، وينحصر مسقطه في سائر المسقطات .

وأما عدم تصور تحقق هذا المسقط في المقام، فبوجوه ثلاثة :

أحدها: مايظهر من « الجواهر » من أن الافتراق المسقط انما هو افتراق البيّعين اذا كان اختيارياً، وذلك لايتصور في المقام. أما افتراق الميت فلانه ليس اختيارياً، لامفارقة روحه ولامفارقة بدنه لعدم كون شيء منهما اختيارياً له . وأما مفارقة الاخر عن الميت ، فلماسيأتي من أن الافتراق اذا كان من أحدهما بدون اختياره، فلايسقط خيار الاخر عن الميت فلماسيأتي من أن الافتراق اذا كان من أحدهما بدون اختياره فلايسقط خيار الاخر وان فارقه اختياراً. وأما افتراق الوارث فهو وان كان اختيارياً الا أنه لم يكن بيّعاً، فلايكون افتراقه افتراق البيع، فلاوجه

لسقوط الخيار به .

الثاني : مايظهر من بعضهم أن المسقط للخيار هو افتراق البيعين اذا كانا عمن له أهلية الاجتماع والافتراق ، وهذا لايحصل في المقام ، أما بين الميت والاخر : فلعدم أهلية الميت بشيء منهما، وأما بالنسبة الى الوارث والاخر فلعدم كون الوارث بيعاً حتى يصدق بمفارقته افتراق البيعين .

الثالث : أن المسقط هو افتراق البيعين ولايصدق البيعان هنا على الميت والاخر ، لعدم صدق البيع بعد الموت على الميت ، فلايقال أنه بيع بل انما يقال كان بيعاً ، ولاعلى الوارث والاخر لعدم صدور البيع من الوارث . فحينئذ لايتحقق المسقط الذي هو افتراق البيعين ، فاذا لم يحصل المسقط والمفروض ثبوت الخيار فوجب الحكم بامتداده ، مضافاً الى الاستصحاب ، فان الخيار ثبت بعد الموت للوارث وكان ثابتاً للاخر أيضاً ولم يسقط بالفرض بموت أحدهما وحصل الشك في السقوط بمفارقة الاخر مع بدن الميت ، فيجب الحكم ببقائه الى زمان القطع بالسقوط ولايحصل القطع بمفارقة أحدهما حسبما عرفت .

ومع الغض عن ذلك الوجه فالاجود مااستجوده في « الجواهر » أيضاً من الوجه السادس وهو كون العبرة بمفارقة الاخر وبدن الميت من غير فرق في شيء منهما بين الوارث الحاضر والغائب كما استوجهه في « المسالك » حيث قال : ولو قيل بثبوت الخيار للوارث اذا بلغه الخبر وامتداده الى أن يتفرق الميت ومبايعه كان وجهاً (انتهى) .

فاتضحت المسألة بحمد الله تعالى ، أصلا وفرعاً .

مسألة

في تفرق المجلس بالاكراه

المعروف بينهم : أن التفرق اذا كان عن اكراه لايسقط الخيار، أما مطلقاً أو بشرط عدم التمكن من التخاير على ماسيأتي .

وهنا اشكال : وهو أنهم صرحوا بأنه لاعبرة بالافتراق الاكراهي ، واستدلوا عليه كما سيأتي بوجوه ستة أو سبعة ، وهذه الوجوه أكثرها بل كلها يجري في مطلق التفرق الغير الاختياري وان كان من غير جهة الاكراه ،كما اذاكان التفرق في حال النوم أوالسهو والغفلة أو غير ذلك .

فالتبادر مثلا حيث يدعون أن المتبادر من الافتراق هو مااذاكان اختيارياً ، فيخرج مااذاكان غير اختياري.

ولايخفى عدم اختصاص الغير الاختياري بالاكراه ، بل يعم ذلك لغير ذلك أيضاً كمااذاكان من جهة الجهل والسهو والنوم والغفلة وغيرها ، وكذا سائر الادلة تجري في مطلق الغير الاختياري، مقتضى ذلك عدم سقوط الخيار بالتفرق في هذه الصور أيضاً، أعني ماكان غيراختياري من غير جهة الاكراه، مع أنهم لايقولون به ، بل صرح غير واحدمنهم بسقوط الخيار بالتفرق، سواءكانا جالسين أوجاهلين أو مختلفين أوناسيين أو نحوذلك، مع وضوح عدم كون التفرق في صورة الجهل به أو في حال الغفلة والنوم اختيارياً كما هو واضح .

وحينئذ فيشكل الجمع بين كلماتهم في تعميم الافتراق بماذكر من الصور مع قولهم بعدم سقوط الخيار في صورة كون التفرق عن اكراه مستدلين بهذه الادلة الجارية في غير صورة الاكراه من صور التفرق الغير الاختياري ، وقد اعترف بعض الفحول بورود هذا الاشكال ، فقال : أن الفارق بين الصور هو

الاجماع وأنه لـولاه لكان التفرق مسقطاً في صـورة الاكراه أيضاً أخذاً باطلاق النص .

وهذاكما ترى صريح بأن الاجماع هو الذي أوجب الحكم بعدم مسقطيـة الافتراق اذا كان عن اكراه ، وأنه لولاه لكان حال التفرق الاكراهي كحال سائـر التفـرقات .

هذا ولكن يمكن أن يقال : أن مراد القوم من دعوى التبادر هو دعوى تبادر خصوص الاختياري المقابل للاكراه لا الاختياري بمعنى الفعل الصادر عن الشخص بالعلم والعقل والشعور والارادة ، وحينئـذ فدعوى تبادر الاختياري بمعنى غيـر المكره لاينافي سقوط الخيار بالافتراق اذاكان لاعن قصد أولاعن شعور ، فيندفع التهافت .

وتوضيح المقام: أن الافتراق المذكور في النص عبارة عن زيادة البعد بين الشخصين، وهذه ـ أي زيادة البعد بينهما ـ لايتوقف على قصد ولاشعور ولاغير ذلك ، بل يحصـل بمجرد التباعد ، سواءكان باختيارهما أو بالاضطرار . نعم قد يدعى أنه اذاكان حاصلا بالقصد والارادة يكون المتبادر منه حينئذ عدم كون الداعي لهذا الفعل تهديد الغير ونحوه، فيخرج بذلك: الافتراق الذي حصل بسبب التهديد والتوعيد، وأما غير ذلك، فيشمله الاطلاق، وكذلك تعبير كون الافتراق منهما ـ أي مستنداً اليهما ـ لظاهر النص ، فلوحملا قهراً ، فالتفرق وانكان حاصلا الا أنه لايصدق أنهما افترقا لعدم الاستناد اليهما حينئذ ، وانما يقال حينئذ فرّق بينهما لا أنهما افترقا . وحيث عرضت ذلك، فيكون الخارج من صور الافتراق أمرين :

أحدهما : ماكان صادراً عن اكراه ، لخروجه بمقتضى التبادر بالتقريب الذي عرفت وستعرف أيضاً .

وثانيهما: ماإذا حملهما ثالث لعدم الاستناد اليهما، فلايصدق أنهما افترقا بل

يقال: فرّق بينهما. فمافي«الجواهر» من أنهلايصدق أنهما افترقا فيصورةالاكراه ليس بجيد، لان الاكراه عبارة عن صدور التفرق منه بقصده وارادته دفعاً للضرر المتوعد على تركه.

اذا عرفت هذا فلنشرع فيأصل المسألة وهي: أن التفرق اذاكان عن اكراه، هل يسقط به الخيار أملا ؟ والاقوال فيه ثلاثة :

(أحدها) السقوط مطلقاً، وهو الظاهر من جماعة منهم الاردبيلي «قده» الا أنه تردد من جهة خوف الاجماع، ومن الاخر أيضاً أنه لولاه لكان المتجه السقوطفيه أيضاً، عملا باطلاق النص.

(الثاني) عدم السقوط مطلقاً، وهو مختار الفاضل النراقي في« المستند ».

(الثالث) الفرق بين صورة امكان التخاير وامتناعه، فيسقط في الاول دون الثاني. وهذا هو المعروف بينهم. ونتكلم أولا في أدلة الاقوال: فنقول: أما دليل القول بالسقوط فهو اطلاق النص الدال على سقوط الخيار بالافتراق بعد منع التبادر.

وأما صحة القولين الاخرين، فنتكلم تارة في مستند عدم السقوط في الجملة. وأخرى في حكم التمكن من التخاير، فنقول: نستدل على عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي بوجوه :

الأول: الاصل، بمعنى استصحاب الخيار الثابت قبل التفرق فنشك فيسقوط الخيار بهذا التفرق فيصحب.

الثاني: عمومات الخيار بعد دعوى تبادر التفرق بما اذاكان عن اختيار.

الثالث : حديث الرفع بتقريب أن الظاهر منه لوسلم كون المرفوع هو المؤاخذة، الا أن الامام عليه السلام استشهدبه على عدم وقوع العتاق والطلاق، وصدقة مايملك اذاكان عن اكراه فهذا أي استشهاد الامام عليه السلام بالخبر المذكور في عدم

صحة ماذكر اذاكان عن اكراه يكشف عن أن المرفوع هو مطلق الالتزام، والالتزام وان لم يكن من قبيل العقاب، فيعم الالتزام بالبيع الحاصل بالتفرق لولا الاكراه، ثم ان الاستدلال انما هو باستشهاد الامام عليه السلام . فالحلف على العتق والطلاق والصدقة وانكان باطلا عندنا في ذاته وان لم يكن عن اكراه الا أن ذلك لاينافي الاستدلال بالرواية، لان غاية مايتوهم أن يقال أن للبطلان جهتين: أحدهما ذاتي ، والاخر عرضي، والامام عليه السلام عدل عن الذاتي وتمسك بالعرضي ، وذلك لايضرّ بالاستدلال بأن يقال: لايعلم وجه العدول عن الذاتي الى العرضي، اذ كما يمكن أن يكون ذلك للتقية والخوف من الحكم ببطلان ماذكر، لذهاب العامة ـ على ما حكي عنهم ـ الى الصحة، فلم يصرح بالبطلان تقية منهم . كذلك يمكن أن يكون الوجه في ذلك التنبيه على هذه القاعدة ـ أعني مرفوعية مطلق الالتزام اذاكان عن اكراه ـ وكيف كان فلا يضر الجهل بالنكتة في العدول عن الذاتي الى العرضي بالاستدلال .

الرابع : حكمة تشريع الخيار، وهي الارفاق بالمتعاقدين . استدل به في « الجواهر » وتقريبه : أن المقصود من الخيار ، والغرض الباعث على جعله الارفاق بالمتعاقدين وهو مفقود في المقام ، لانه لوسقط الخيار بمجرد الاكراه والاجبار لم يتم لاثبات هذا الخيار كثير فائدة كما ذكره الاردبيلي.

الخامس : صحيحة « فضيل » (فاذا افترقا فلاخيار بعد الرضا منهما) على ما سيأتي تقريبه ، والعمدة من تلك الادلة هي هذه الرواية، وأما سائر الادلة المتقدمة فكلها مدخولة . أما الاصل: فللاختلاف في الموضوع بتقريب أن الخيار انماكان ثابتاً في حال عدم التفرق، والان قد حصل التفرق ولو اكراهاً وموضوعه هو عدم التفرق، ولاشك في اختلاف الحالين، مضافاً الى أن الاستصحاب لايقاوم اطلاق دليل سقوطه بالافتراق . وأما التبادر فلمنع ذلك أولا ونقضه بما اذا وقع التفرق

في حال الغفلةأو الجهل ونحو ذلك ثانياً: فلو كان التبادر هو التفرق الاختياري كان اللازم عدم سقوط الخيار بالتفرق في هذا الحال، مع أنهم لايقولون به ، مضافاً الى أن مقتضى التبادر عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي مطلقاً ولو في حال التمكن من التخاير ، مع أنهم لايلتزمون به .

والنقض الاول وانكان يندفع بماذكرنا سابقاً من أنالمراد بالاختياري المتبادر ماكان مقابلا للاكراهي، لاماكان مقابلا للفعل الذي لميصدر عن قصد وارادة كما في حال الغفلة والسهو والنوم، لعدم كونه غيراختياري بهذا المعنى، وانكان غير اختياري بالمعنى الاخر .

ولكن النقض الثاني وارد على المشهور القائلين بالسقوط في التفرق الاكراهي اذا تمكن من التخاير، وأماحديث الرفع: فيرد على الاستدلال به في المقام النقض صورة ما اذا جهلا، لان مقتضى رفع مطلق الالتزام يقتضي عدم سقوط الخيار به حينئذ، مع أنهم لايقولون به .

ولوقيل : أن الاستدلال انماهو بمااستشهد بـه الامام عليه السلام، وليس فيه (ما لا يعلمون) مذكوراً حتى يرد النقض .

قلنا : بعد الغض عن أن الظاهر كون مااستشهد بـه الامام عليه السلام هو الحديث المروي عن النبي صلى الله عليه وآله وانماتعرض لنقل ثلاث فقرات منها، فليس حديثاً ، فان الخبر الذي استشهد بـه الامام عليه السلام مشتمل على ماأخطأوا عليه، فيلزم على تقدير صحة الاستدلال عدم سقوط الخيار بالتفرق في حال الخطأ والغفلـة مع أنهم لا يقولون به .

وأيضاً يرد عليه النقض بمااذا وقـع الاكراه على التفرق مع التمكن مـن التخايـر ، فان مقتضى عدم تأثير التفرق الاكراهي عدم سقوط الخيار بـه مطلقاً ولو في حال التمكن من التخاير، مع أن الاكثر لايقولون به. وأما حكمة تشريع

الخيار: فالاستدلال من الغرائب، لوضوح أن الحكمة المذكـورة انماهي حكمة لتشريع الخيار ، وأمّا امتـداده الى التفرق ، فليست علتـه الحكمة المذكورة . وكيف كان ولو اقتضت الحكمة امتداده ، كان اللازم عدم سقوط الخيار بالتفرق أصلا .

وأما صحيحة الفضيل : فتقريب الاستدلال بها : أن قوله عليه السلام (فلا خيار بعد الرضا منهما) من جهة عدم ذكر متعلق الرضا فيها يحتمل وجوهاً :

أحدها: أن يكون متعلق الرضا هوالعقد، مع كون ذلك القيد بمنزلة التعليل وبيان الواقع، لا الاحتراز عن شيء، فمعناها أنه: ان افترقا فلاخيار لانهما رضيا بالعقد، أي أوجدا العقد ووقعت المراضاة بالمبادلة بينهما وافترقا، فكأنه عليه السلام قال: لاوجه للخيار بعد حصول الافتراق والمراضاة بالعقد .

الثاني: أن يكون متعلقه هوالعقد أيضاً، الاأنه يكون القيد احترازاً عن عقد المكره، فيكون المعنى : أنهما اذا افترقا فلاخيار اذاكانـا قد رضيا بالعقد ــ أي بصدوره ــ فيخرج بذلك العقد المكره، فانها اذا حصل الافتراق به فيه، فلايسقط الخيار قبل الرضا بالعقد لان سقوط الخيار فرع ثبوته ، وهو انمايكون في العقد الصحيح الصادر عن غيراكراه .

الثالث: أن يكون قوله عليه السلام (بعد الرضا) بدلا عن قوله عليه السلام (فاذا افترقا فلا خيار) بمعنى أن نفس الافتراق مسقط للخيار لانـه بمنزلة الرضا بالعقد، فكما أن الرضا بالعقد مسقط للخيار لكونه التزام به، كذلك نفس التفرق مسقط له فيكون بمنزلة الالتزام ، فعلى هذا يصير التفرق مسقطاً تعبديـاً سواء كان مع الرضا أو بدونه، لانه نزّل الافتراق منزلة الرضا والالتزام بالعقد في اسقاط الخيار، فحينئذ لايكون دليلا على عدم سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي. فهذا الاحتمال كالاحتمالين السابقين لايوجب اخراج الافتراق ـ اذاكان عن اكراه ـ عن مدلول الصحيحة.

الرابع: أن يكون متعلق الرضا نفس التفرق، يعني أن التفرق مسقط للخيار اذاكان مع الرضا به، فلو لم يحصل الرضا بالتفرق كصورة الاكراه، فلا يكون مسقطاً فعلى هذا الاحتمال يستدل بالصحيحة على عدم سقوط الخيار بالافتراق الاكراهي فيتم حينئذ الاستدلال بها، الأأن الكلام في تعيّن هذا الاحتمال، فحيث تطرّقت الاحتمالات الاخر سقط الاستدلال بها عن الاعتبار .

الخامس: ماصرّح به شيخنا العلامة الانصاري «قده» وهو : أن يكون قوله عليه السلام (بعد الرضا) اشارة الى اناطة السقوط بالرضا بالعقد بمعنى أن يكون الافتراق مسقطاً لكونه كاشفاً عن الرضا بالعقد . انتهى . وهذا الاحتمال لو تمّ أيضاً لمايدل على كون الافتراق الاكراهي غير مسقط للخيار مطلقاً، بل انمايكون مع العجز عن التخاير .

وكيف كان ، الاستدلال بهذه الصحيحة يتوقف على ظهورها في أن متعلق الرضا هو الافتراق ، فيخرج الافتراق الاكراهي حينئذ عن مدلول النص، ولكن يشكل دعوى ظهورها في ذلك مضافاً الى ماسلف من أن القيد الوارد مورد الغالب لاعبرة به .

فحيث عرفت ذلك فلامحيص في المسألة عن الاستدلال بالاجماع. فالاولى أن يستدل به في المقام ، حيث لم نجد أحداً مخالفاً في المسألة ، كماقال «ره» في «الجواهر»: بلاخلاف أجده فيه. ونقل عن «الغنية» وعن «تعليق الارشاد»: الاجماع ويؤيده ماذكرنا عن بعض المشائخ ان الفارق بين الافتراق الاكراهي وغيره من صور الجهل والغفلة هو الاجماع. ويعضده أيضاً ماصدر عن الاردبيلي «قده» التعبير بقوله : لولا مخافة الاجماع . نعم تنجبر الوسوسة في الاجماع بصحيحة الفضيل مع دعوى ظهورها في اعتبار الرضا في الافتراق، وبدعوى التبادر المذكور من أن المتبادر من التفرق في الادلة ماكان عن الرضا بالعقد .

هذا، ثم ان حقيقة الاكراه على ماهو الظاهر والمصطلح موافقاً باللغة والعرف هو حمل الغير على مايكرهه مع التوعيد منه على الضرر على ترك المكره عليه. ولكن قد يذكر في المقام معان أربعة :

أحدها : ان يجرّ الثالث المكره ـ بالكسر ـ البيّعين عن المجلس فافترقا بجرّه وحمله عن المجلس .

وثانيها: أن يضرب البيّعين حتى يفترقا .

وثالثها : أن يهددهما عن الاجتماع حتى يفترقا .

ورابعها: ماافترقا البيعان عن المجلس خوفاً لهدم الدار وأمثاله .

والمحكي عن « المستند »: أن القدر المتيقن من الاكراه هو المعنى الاول ـ أعني حصول الافتراق بالجرّ والحمل ـ وتأمل في صدق الاكراه في المعنى الرابع، حيث قال: في كون ـ الافتراق عن المجلس خوفاً من الهدم ـ من الاكراه نظر (انتهى) .

وأنت خبير أنه لاوجه للتأمل والنظر فيه لعدم دخوله في الاكراه، اذ مجرد الفعل للخوف من هدم الدار وأمثاله لايدخل في عنوان المكره عليه، ولايصدق الفعل المكره عليه ،كماهو واضح،كماأنه لاوجه لعدّ صورة الجرّ والحمل من الافتراق الاكراهي فضلا عن كونه القدر المتيقن ، لعدم استناد الفعل اليهما عند الجرّ والحمل، بل القدر المتيقن هو المعنى الثالث للتهديد والتوعيد الذي هو المناط في صدق الاكراه. وأما المعنى الثاني : فيدخل في الاكراه أيضاً بسبب دفع الضرب المتوقع ثانياً لولم يفترقا. وأما الضرب السابق على الافتراق، فليس من الاكراه أيضاً .

هذا كله في بيان عدم سقوط الخيار في الجملة . وأمّا اشتراطه بالعجز عن التخاير وعدمه ، فيه قولان : فذهب كثير منهم بل نسب الى المشهور القول

باشتراط عدم التمكن من التخاير ، فلو تمكن من التخاير ليسقط الخيار مع الافتراق الاكراهي أيضاً، فيلزم العقد مع تمكنهما منه على ماهو المصرح به في «الروضة» وغيرها .

قال الشيخ في« المبسوط » ماهذه عبارته: فان أكرها أو أحدهما على التفرق عن المكان ، فان منعا من التخاير والفسخ معاً كان وجود هذا التفرق وعدمه سواء ثم قال : وان كان الاكراه على التفرق لايمنع التمكن من التخاير والفسخ ينقطع الخيار ، لانه اذا كان متمكناً من الامضاء والفسخ فلم يقبل حتى وقع التفرق، كان ذلك دليلا على الرضا والامضاء . (انتهى) .

وخالف في ذلك جماعة من المشائخ المتأخرين ، منهم : شيخ الفقهاء في « الجواهر » فينبغي التكلم هنا في مقامات ثلاثة : الاول في معنى التخاير ، الثاني: في أفراده وأقسامه ، الثالث : في حكمه .

أما الاول : فقد ذكر غير واحد ، منهم العلامة في « التذكرة » ظاهراً على ماحكى عنه أن التخاير عبارة عن اختيار العقد والبقاء عليه ، بأن يقولا : اخترنا العقد ، أو ألزمناه ، أو أمضيناه ، بل هو من الاختيار ، وقد يكون متعلقه ابقاء العقد وقد يكون متعلقه فسخه ، فيصدق التخاير على كل من الامضاء والفسخ الذين هما المراد من العمل على مقتضى الخيار ، فان الخيار حق يتسلط به كل منهما على الاخر . وهذا هو المراد ممن اقتصر به في المقام وأطلقه من دون تقييد على الابقاء والفسخ، كما في عبارة « الشرائع » وأمثاله أعني قوله : ولم يتمكنا من التخاير، وقول الاخر يعتبر العجز عن التخاير ، وهكذا .

ضرورة أنه على مذهب المشهور من اشتراط عدم التمكن من التخاير في سقوط الخيار لافرق بين عدم تمكنه من الامضاء وبين عدم تمكنه من الفسخ، فكما في صورة عدم تمكنه من الفسخ لايسقط الخيار بنفس التفرق ، كذلك في صورة

عدم تمكنه من الامضاء أيضاً لايسقط الخيارلانهما من واد واحد ، فلو تفرقاساكتين عند عدم التمكن من الفسخ لا يدل على الامضاء والرضا ، فيبقى الخيار كذلك لو تفرقا ساكتين عند عدم التمكن من الامضاء لايدل أيضاً على الامضاء والرضا لعدم دلالة سكوتهما على الرضا ، لاحتمال التروّي والتردد منهما . وهذا واضح، خصوصاً عند علمهما بأن الافتراق الاكراهي بمنزلة عدمه عند الشارع .

والعجب من شيخنا الشهيد « قده » بعدما ذكر في « المسالك » أن المراد بالتخاير اختيار العقد والبقاء عليه . قال هنا ماهذاكلامه : واعلم أن قيد التخاير هنا كناية عن الفسخ لان الزام العقد واختياره لايتوقف على الكلام ، بل لو تفرقا ساكتين لزم وانما يتوقف عليه الفسخ ، فيكون المنع معتبراً فيه لافي التخاير .

وفيه : عندعدم تمكنهمامن الامضاء والالتزام لوسلمناكونهما بمنزلة الساكتين أن سكوتهما حينئذ لايدل على الالتزام والامضاءلاشرعاً ولاعرفاً لاحتمال كونهما مترددين أو مترويين ، أو أنهما عالمين بأن افتراقهماعن اكراه، نزّله الشارع منزلة العدم فيبقى خيارهما، فلايختاران الامضاء ولا الفسخ . فظهر أن المراد من التخاير هنا هو اختيار الفسخ والامضاء ، أي العمل على مقتضى الخيارمن الالزام والفسخ.

اما المقام الثالث : فنقدمه على المقام الثاني حتى تتضح لك حقيقة الحال في أقسام التخاير . فنقول : ان في اعتبار عدم التمكن من التخاير قولين:فاشترط الشيخ والمحقق في « الشرائع » والشهيد في «الروضة» عدم التمكن منه.والقول الثاني مانسب الى أكثر المحققين من المتأخرين، منهم: بعض مشائخنا، والفاضل النراقي في صريح « المستند » والاردبيلي وصاحب« الجواهر ». وجه القول الاول انما يتم بمقدمتين :

أحدهما : استفادة منصوص العلة من صحيحة الفضيل بأن يكون المراد من قوله عليه السلام (اذا افترقافلاخيار بعد الرضا) هو الاحتمال الاخير الذي ذكرناه،فيكون

المعنى حينئذ : أن الافتراق مسقط لكونه كاشفاً عن الرضاء فالحكم بكون الافتراق مسقطاً انما هو من جهة كونه كاشفاً عن الرضا فالمسقط حقيقة هو كل فعل وحركة يكون كاشفاً عن الرضا ، فدار الامر مداره فكل تفرق اذا كان كاشفاً عن الرضا فمسقط للخيار والا فلا ،كما هو الحال في المنصوص العلة .

وثانيهما : أن البيّعين مع التمكن من التخاير اذا افترقا ولو عن اكراه يكون تفرقهما حينئذ كاشفاً عن رضاهما والتزامهما بالعقد ، لانهما لولم يكونا راضيين لكان لهما الفسخ ، اذ المفروض : تمكنهما من الفسخ والامضاء،فيكون ذلك التفرق منهما دليلا وكاشفاً عن الرضا ولو وقع عن كره ،كما هو صريح عبارة الشيخ في « المبسوط » ـ المتقدمة ذكرها ـ فيكون مشمولا للصحيحة المذكورة في عدم الخيار عند التمكن .

والحاصل أن تمامية مذهب المشهور تتوقف على دعويين : كبروية وصغروية أما الكبرى : هي أن تكون العبرة في سقوط الخيار على الكاشف عن الرضا ، لدلالة الصحيحة المذكورة على أن كل كاشف عن الرضا مسقط للخيار . أما الصغرى : فلان هذا التفرق الاكراهي مع التمكن عن التخاير كاشف عن الرضا .

وفيه : أن كلا المقدمتين محل نظر ومنع .

أما الاولى : فلمنع ظهور الصحيحة في كونها من قبيل نصوص العلة ، وكونها مسوقة لبيان أن الافتراق مسقط ، لكونه كاشفاً عن الرضا ،كيف وقد عرفت فيه من الاحتمالات الاربعة الاخر ، وليس ارادة هذا الاحتمال أولى وأظهر من ارادة الاحتمال الرابع الذي يدل على أن الافتراق الاكراهي لاأثر له على الاطلاق سواء تمكن من التخاير أم لا ، بل المتعين بحسب الاستدلال السابق هو ذلك .

فيكون المعنى: الافراق اذا رضي به البيّع مسقط، وان لم يكن راضياً به لايسقط به الخيار سواء تمكن من التخاير أم لا . فتكون دلالة الصحيحة على عدم تأثير

التفرق الاكراهي على سبيل الاطلاق ، فيتم التمسك بها حينئذ على القول الثاني من عدم اشتراط العجز عن التخاير .

أما الثانية : فبمنع الصغرى ، لان ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه بعد الاكراه على الافتراق الذي نزّله الشارع منزلة العدم بالنسبة الى الاسقاط ـ كالسكوت في المجلس ـ لادلالة فيه عليه ولاوضع له شرعاً، ولقد أوضحه المحقق الاردبيلي « قده » على ماحكي عنه بأن المكره ـ بالفتح ـ اذا علم بأن افتراقه كعدمه فيسكت للترويّ أو لغيره، لان سكوته حينئذ كسكوته في مجلس العقد ، فكما أن السكوت في مجلس العقد لايدل على الامضاء والالتزام ،كذلك سكوته عند التفرق الاكراهي لايدل على الرضا والالزام ، لامكان أن يكون له بعد . تأمل .

فحيث عرفت : أن مدرك القول هو تلكما المقدمتان ، وقد عرفت عدم صحتهما يظهر لك : أن الحق والمختار هو القول الثاني ،كما اختاره مشائخنا العظام والمتأخرون الاعلام .

هذا ماأفاده شيخنا الاستاذ (دام ظله العالي) .

أقول : قد عرفت أن العمدة في أصل المسألة ـ أعني في اثبات عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي ـ هو الاجماع وصحيحة الفضيل، حيث ذكرنا الاستدلال بهما على عدم التأثير للتفرق الاكراهي في اسقاط الخيار ، فيكفي في تخصيص هذا التفرق واخراجه عن اطلاقات الاخبار المتعددة الدالة على اسقاط التفرق ، كقوله ﷺ : (البيّعان بالخيار مالم يفترقا فاذا افترقا فلاخيار) وأمثاله، حيث يدل على كون التفرق مطلقاً مسقطاً . غاية الأمر: أن الاجماع وصحيحة الفضيل الدالان على اعتبار الرضا كان مخصصاً له ، ومن المقرر: أن المخصص اذا دار بين الاقل والاكثر ولم يكن عموم أو اطلاق في دليل المخصص ، يؤخذ بالاقل المتيقن فيرجع فيما عداه الى عموم العام والمطلقات . فما نحن فيه من هذا القبيل، فيتم

القول الاول الذي ذهب اليه المشهور .

وتوضيح ذلك :أن الخارج عن الاطلاقات الدالة على سقوط الخيار بالافتراق هو الافتراق الاكراهي ، فهو دائر بين الاقل والاكثر للشك في أن المخرج هل هو خصوص الافتراق الاكراهي مع عدم التمكن عن التخاير ـ كما هـو مذهب المشهور ـ أوذلك مع صورة التمكن عن التخاير أيضاً ـ كما هو مقتضى القول الثاني ـ فيكون المخرج على القول الاول صورة واحدة، وعلى القول الثاني، هذه الصورة ـ أي صورة مالم يتمكن ـ مع الصورة الاخرى ـ أي صورة التمكن ـ أيضاً ، فحيث أن المخرج دليل لبي كالاجماع ، فيقتصر في الخروج على القـدر المتيقن وقاصر عن أفادة التعميم من هذه الجهة كالصحيحة . لانها انمايكون دليلا في المسألة بناءاً على الاحتمال الرابع والخامس بعد الغض عن الاحتمالات الاخر التي لايصلح للاستدلال بها بناءاً على أخذها.

فمقتضى الاحتمال الرابع كون الخارج كلتا الصورتين ، ومقتضى الاحتمال الخامس كون الخارج هوخصوص صورة عدم التمكن. فيتعارض ذلك الاحتمالان في سقوط الخيار عندصورة التمكن ، فيتساقطان عن الاستدلال بها في هذه الصورة فيصير القدر المتيقن هو صورة عدم التمكن .

وأما صورة التمكن من التخاير يصير مشكوكاً ، فيجب الرجوع فيه الـى الاطلاقات الدالة على سقوط الخيار بالتفرق ، فيثبت حينئذ القول المشهور بهذا البيان ، لابما في « المبسوط » من كونه دليلا على الرضا وكاشفاً عنه حتـى يمنع كشفه . والحاصل: أن المرجع في عدم سقوط الخيار بالتفرق الاكراهي عند التمكن من التخاير هو النصوص المستفيضة الدالة على كون التفرق مسقطاً مطلقاً .

والثابت المسلّم من الخروج عن شمولها هـو التفرق الاكراهي عند عـدم التمكن من التخاير، لقصور أدلة المخرج عن اخراج أكثر من ذلك حسبما عرفت.

نعم لو تمت دعوى تبادر الاختياري من تلك النصوص لتسقط عن كونها مرجعاً ، الا أنك قدعرفت منع التبادر وأنه لامدرك له ، وأن العمدة هو الاجماع وصحيحة الفضيل ، فلايتعدى عن القدر المتيقن حينئذ ، كما عرفت .

أما المقام الثاني : في بيان أقسام الاكراه ، فنقول : ان الاكراه على التفرق قد يكون مع عدم الاكراه على التخاير لاايجاباً ولافسخاً ، بل انما الاكراه وقع على نفس التفرق سواء فسخ البيّع المكره أو ألزم بالعقد .

وقد يكون مع الاكراه على عدم التخاير مطلقاً ، أي الاكراه على عدم الفسخ وعلى عدم الايجاب ، أو على خصوص الايجاب أو على خصوص الفسخ عدماً بأن أكره على عدم الايجاب ، أو على عدم الفسخ .

وهذه صور أربعة ، أو ايجاداً بأن أكره على أيجاد الايجاب أو على أيجاد الفسخ ، وأما الاكراه على التخاير مطلقاً غير ممكن ، الا أن يرجع الى ايجاد أحدهما من الفسخ والامضاء لابعينه . وهذه أيضاً صور ثلاثة ، فيكون المجموع سبعة. وقد يبدل الاكراه بالمنع فتزيد سبعة أقسام أيضاً بأن يكون الاكراه على التفرق مع عدم المنع من التخاير، أو مع المنع عن عدمه مطلقاً ، أو عن عدم الايجاب بالخصوص ، أو عن عدم الفسخ بالخصوص ، أو عن ايجادهما بالخصوص أو لابعينه .

فعلى المختار ، أعني القول الثاني الذي اختاره المتأخرون ، لافرق في تلك الاقسام في عدم سقوط الخيار ، لان الاكراه على التفرق حاصل على كل تقدير، وحيث أن عدم سقوطه بالتفرق الاكراهي غير مشروط بالعجز عن التخاير وعدمه لاأثر في الاسقاط على جميع التقادير من التفرق .

وأما على مذهب المشهور: فيدور السقوط مدار التمكن من التخاير ، فيختلف الامر في تلك الاقسام ، فمتى تمكن منه يصير التفرق مسقطاً والا فلا .

هذا ، والمحكي عن كتاب بعض المشائخ ماهذه عبارته : أما لو أكرها أو أحدهما ، ففي المسألة صور أربعة :

الاولى : أن يكرها على التفرق وعلى عدم الاختيار في الفسخ والايجاب .

الثانية : أن يكرها على التفرق ولم يكرها على الاختيار مطلقاً ، لافسخاً ولا ايجاباً .

الثالثة : أن يكرها على التفرق ويكرها على اختيار الفسخ فقط .

الرابعة : أن يكرها على التفرق ويكرها على الايجاب فقط .

ففي الثانية يسقط الخيار ، لتمكنه من الفسخ . وفي الثالثة : لايسقط ، لعدم تمكنه من الفسخ كالاولى ، وفي الرابعة يسقط ، لتمكنه من الفسخ فتركه دليل الالزام . والحاصل : أن المدار على التمكن من الفسخ وعدمه (انتهى) .

ومختاره في بعض تلك الاقسام لايتناسب على مذهبه ، اذ الظاهر أنه اختار مذهب المشهور كما يدل عليه آخر كلامه ، أعني قوله: فتركه دليل الالزام، والمدار على التمكن من الفسخ وعدمه .

فحينئذ نقول : قوله : (ففي الثانية يسقط الخيار) فهو موافق لمذهبه لعدم حصول الاكراه على التخاير أصلا. وأماقوله: (وفي الثالثة لايسقط لعدم تمكنه من الفسخ) لعله سهو من قلم الناسخ ، لان الاكراه على اختيار الفسخ لايرفع التمكن من الفسخ، بل الاكراه مؤيد على فسخه ورضائه به ، بل لو أراد الفسخ يتمكن من ذلك، بل لايتحقق الاكراه، لانه تحميل على مالم يرض به. وأماقوله : (وفي الرابعة يسقط لتمكنه من الفسخ) فهو أيضاً لعلّه أن يكون سهواً ، لان أظهر أفراد عدم التمكن من الفسخ هو صورة الاكراه على الايجاب والامضاء كماهو الصورة الرابعة ، فكيف يكون مع الاكراه على الايجاب متمكناً من الفسخ .

الأأن يكون مراده من الاكراه المنع، فيكون قوله : (يكرها على الايجاب فقط) بمعنى يمنعا عن الايجاب، فيصح قوله حينئذ: (ففي الصورة الرابعة يسقط لتمكنه من الفسخ) ضرورة أنـه مع المنع عن الايجاب يتمكن من الفسخ، بل يتعين له ذلك، ولكن كون الاكراه بمعنى المنع فخلاف الظاهر، بل خلاف اللغة والعرف .

أو يقال: تسقط كلمة (عدم)، ففي الرابعة ينبغي أن يقال: أن يكرها على عدم الايجاب فقط، ومعلوم مع الاكراه على عدم الايجاب يتمكن من الفسخ، فيصح قوله (وفي الرابعة يسقط لتمكنـه من الفسخ) لكن السقط أيضاً خلاف الظاهر ، بل خلاف الاصل .

هذا كلـه تمام الكلام في الاكراه على التفرق، وقد تحصّل مما ذكر أنه لا أثر له مطلقاً ـ أو في الجملـة ـ بلا خلاف . وهل الاكراه على الاجتماع بحكم الاكراه على التفرق في عدم الاثر أم لا ؟ بمعنى أن أثر التفرق الذي هو اسقاط الخيار ساقط عنـد الاكراه، كذلك أثـر الاجتماع الذي هو ثبوت الخيار وبقائه ببقاء الاجتماع ساقط أيضاً عند الاكراه أم لا ؟

وهذه غير معنونة في كتبهـم ، فمقتضى القاعدة هو ثبوت الخيار وعدم كون الاجتماع الاكراهي كالافتراق الاكراهي، لبطلان القياس عند الفرقة المحقة والادلة القائمة على صورة الاكراه على التفرق عمدتها بل أكثرها لا تجري هنا وما يجري كحديث الرفـع أو التبادر ـ لو سلّم ـ غير نافع هناك أيضاً ، مع أن استصحاب الخيار محكم لا خدشة فيـه في المقام .

نعم قد تنبّـه لذلك الشيخ الورع، ولم نر أحداً غيره ، فقال ما هذا لفظه: فان قلت: بناءاً على أن التفرق المجبور عليه بحكم البقاء في المجلس وعدم التفرّق المجبور عليه بحكم التفرق، ونتصور فيه تلك الصور الاربعة. قلت: وهو قياس

مع الفارق، لوجود الدليل في الاول دون الثاني مع أن الاصل الاستصحابي كما يثبت الاول، ينفي الثاني، فتأمل (انتهى) والمراد من قوله (في الاول) هوالتفرق الاكراهي حيث قام الدليل على عدم الاثر له وأن حكمه حكم الاجتماع في مجلس العقد في ثبوت الخيار .

والمراد من قوله (دون الثاني) هوالبقاء الاكراهي، ولم يثبت دليل على أنه لاأثر للاجتماع الاكراهي لعدم دلالة الادلة المذكورة في مسألة الافتراق الاكراهي على عدم الخيار في البقاء الاكراهي .

والمراد من قوله (الاصل الاستصحاب) هواستصحاب الخيار، فهو يثبت الاول أي يثبت تنزيل التفرق الاكراهي بحكم البقاء في المجلس ، وينفي الثاني، أي استصحاب الخيار ينفي تنزيل البقاء الاكراهي بحكم الافتراق ، اذ مقتضى كون الاجتماع المجبور عليه في حكم الافتراق سقوط الخيار، والاصل عدمه فيستصحب الخيار حينئذ .

فرع

لاشك في ثبوت الخيار عند زوال الاكراه بمقتضى النص والاجماع على عدم سقوط الخيار، فلوزال الاكراه، فهل الخيار فوري أو يمتد بامتداد مجلس زوال الاكراه، أو أبدي الى حصول أحد المسقطات الاخر، أوأن مجلس زوال الاكراه كمجلس العقد في حال عدم الاصطحاب. وأما في حال الاصطحاب فيسقط بمعنى أن العبرة في سقوط الخيار افتراقهما عن موضع زوال الاكراه، فما داما باقيين في موضع زوال الاكراه فلهما الخيار، لان موضع زوال الاكراه بمنزلة مجلس العقد، والا بأن كانا مارّين وسائرين فزال الاكراه في حال مرورهما وانتقلا عن موضع الاكراه بسيرهما ومشيهما فيسقط الخيار ، وجوه وأقوال ، فذهب

المشهور الى تنزيل حال زوال الاكراه منزلة مجلس العقد فيمتد الخيار بامتداد مجلس زوال الاكراه، واستدل على ذلك أن الافتراق الحاصل بينهما في حال الاكراه بمنزلة العدم، فكأنهما بعد مجتمعان في مجلس العقد . بعبارة أخرى : أن مجلس زوال الاكراه ينزل عند الشارع كمجلس العقد ، وكما أن الخيار ثابت فيه وممتد الى انقطاعه فكذلك مجلس زوال الاكراه ثبوتاً وامتداداً.

فيه: أولا: لادليل على هذا التنزيل، وانما الثابت من الادلة [هو ارتفاع حكم الافتراق الاكراهي وبقاء الخيار، وأما امتداده الى الافتراق عن مجلس زوال الاكراه فلم يثبت من الادلة] لخلوّها عن ذكر الغاية بعد حصول غاية مجلس العقد ولو عن اكراه .

وثانياً: أنه ليس للمنزل عليه ، أعني مجلس العقد حكم حتى يجري ماكان بمنزلته ، بل انما حكم الخيار ثابت في حال الهيئة الاجتماعية الحاصلة حين العقد، والمفروض أنها قد ارتفعت لحصول الغاية موضوعاً ـ أعني الافتراق ـ غاية الامر أن الادلة السابقة في المسألة المذكورة قد دلت على عدم ثبوت حكم لهذا الموضوع الاكراهي، فتكون الغاية متحققة موضوعاً لا حكماً ، فينتج: أن الخيار باق، وأما كيفية امتداده الى حصول افتراق آخر عن مجلس زوال الاكراه أو تراضيه مطلقاً، أو فوريته فلم تتعين بتلك الادلة الماضية، فيندرج حينئذ في مسألة كلية ، وهي أن كل خيار لم تظهر حاله من الادلة ، هل مقتضى القاعدة فوريّته أم لا ؟

وأما القول بالفورية كما هو المحكي عن « التذكرة »: يمكن الاستدلال عليه بوجهين :

أحدهما : عدم الدليل على الدوام ، فمقتضى العمل على القدر المتيقن هو الحكم بالخيار في الزمان الاول ، لان المقدار الثابت يقيناً لاستدراك حق المتبايعين هو الفورية .

وثانيهما : مقتضى العمومات الدالة على وجوب الوفاء بكل عقد هو اللزوم في ثـاني الزمان ، غاية الامـر خرج منها الزمان الاول ، وخروج الزمان الثاني مشكوك ، فيجب العمل بالعام ويحكم بعدم الخيار فيكون لازماً فيما عدا الزمان الاول .

ويندفع الاول لوجود الدليل في ثـاني الزمان ، وهـو استصحاب الخيار . والثاني بتقديم الاستصحاب على العام لان الزمـان لم يلاحظ في تلك العمومـات على سبيل القيديـة حتى يكون مفرداً فـاذا خرج فرد من تلك العمومات لايدخل تحتها أبداً ، والحكم بخروجه في ثاني الزمان وثالثه لم يلزم منه تخصيص زائد حتى يدفع بالاصل . والعموم الاحوالي في الحكم انما يستتبع لنفس العام، فاذا خصص بفرد فلم يجر العموم الاحوالي في الحكم الثابت للعام بالنسبة الى بعض أفـراده الخارج منه ، كما هو المفروض في المقام ، كما ستجييء زيـادة توضيح لـذلك في بحث خيار الغبن ، حتى لـولم يجر الاستصحاب لما يكـون للتمسك بالعام أيضاً وجه ، بـل اطلاق القول بتقديـم الاستصحاب وتحكيمه وتعارضه مع العمومـات مسامحة واضحة الا أنـه يشكل العمل في الاستصحاب بـأن الشك في المقام شك في المقتضي فيشكل الامـر حينئذ لفقدان الدليل على الفوريـة حيث بنينا على عدم جريان عمومات وجوب الوفاء بالعقد لخروج العقد الخياري عن تحتها ، فيحتمل تردد الخيار بين الفورية وبين التراخي .

فنقول : ان مقتضى قاعدة لاضرر : الفورية بناءاً على ماهو المعروف عندهم من هجر التصرف في زمان الخيار ، فانه لوقلنا بتراخي الخيار لزوم هجر المتبايعين عن التصرف فهو ضرر عليهما فينتفي بنفي الضرر في الشرع ، الا أن ذلك البناء خلاف المختار وخلاف مختـار شيخنا الانصاري في غير خيـار الشرط فحينئذ يتمسك في اثبات الفورية تارة باستصحاب الملكية بعد الفسخ في ثاني الزمان ،

فان مقتضى استصحاب الملكية عدم تأثر الفسخ في ثاني الزمان من ذلك الشخص المكره الذي زال اكراهه ومضى منه زمان كان متمكناً للفسخ فيه فلم يفسخ في ذلك الزمان حتى دخل زمان آخر، فلو أراد في ثاني الزمان الفسخ كان تأثره حينئذ مشكوكاً، فيجب التمسك باستصحاب الملكية فيحكم بعدم تأثره، لانه لو قلنا بتأثره لخرج المال المنتقل اليه عن ملكه والمال المنتقل عنه عن ملك صاحبه فكلاهما خلاف الاستصحاب.

هذا ولكن يشكل ذلك أيضاً بأن الشبهة حكمية للشك في تأثر الفسخ في ثاني الزمان عند الشارع، حيث لم يرد منه دليل لنا في بقاء الخيار ودوامه أو في عدمه فالاستصحاب في الشبهة الحكمية ليس بجائز عندنا.

كما هو مذهب صاحب «المدارك» ولم يتقدم الدليل على اعتبار الاستصحاب في الاحكام. وأخبار (لاتنقض) وأمثاله انما هي واردة في موارد الشبهة الموضوعية فلايتعدى منها الى غير سنخها.

والمسلّم من الاجماع وأمثاله من بناء العقلاء وغيره هو اعتباره في الشبهات الموضوعية. وأما اعتباره في الشبهات الحكمية فليس باجماعي كما قرر تفصيل ذلك في بابه. وأخرى بقوله ﷺ (الناس مسلطون على أموالهم) بتقريب: أن أحد المتبايعين الذي زال الاكراه عنه ولم يفسخ في الزمان الاول لو فسخ في ثاني الزمان وأخذ مال صاحبه وتصرف من دون رضائه لكان تصرفه خلاف سلطنة الآخر على ماله.

فيه: ان المالية بعد الفسخ ليس بمحرزة، للشك في كونه مالاً لصاحبه حينئذ فالسلطنة انما هي ثابتة للاموال المحرزة المعلومة. ومن المحتمل تبدل الموضوع ــ أي رجوع مال صاحبه الى نفسه ورجوع ماله الى صاحبه، كما هو الحال قبل البيع ــ فبعد تبدل الموضوع لايحكم بأن تصرفه في ملك صاحبه خلاف سلطنته

في ماله . فتأمل[١].

وكيف كان ليس للقول بالفورية دليل معتد به الا أن نتمسك بعموم حلية البيع المستفاد من قوله (أحل الله البيع) بتقريب أنه يدل على حلية آثار البيع في جميع الاوقات سواء فسخ أم لا ، غاية الامر خرج منه ما علم بالفسخ المؤثر ، وأما غير المؤثر كما في المقام حيث نشك في تأثر الفسخ وعدمه فيندرج تحت قوله تعالى (أحل الله البيع) ويحكم بترتب آثار البيع . لا يقال ما الفرق بين هذا وبين ما سبق من أن عمومات وجوب الوفاء بالعقد ليست بجارية هنا لخروج الفرد فيستصحب حال الفرد ، لانا نقول فرق بينهما ، لان العموم هناك كقوله تعالى :(أوفوا بالعقود) قد خرج منه العقد الخياري من أول الامر ، فلم يكن مشمولا له ولو لم يجر الاستصحاب ، بخلافه هنا فان قوله تعالى : (أحل البيع) قد يدل على حلية آثار البيع مطلقاً ، ومقتضى اطلاقه شموله لجميع أنحاء البيع وأفراده في جميع الحالات ، بل فيما بعد الفسخ أيضاً ولم يخرج منه بيع خياري أصلا. نعم الخارج منه هو البيع الذي حصل فيه الفسخ المؤثر فيصير الحاصل أنه يجب العمل بترتب آثار البيع ، الا فيما لو فسخ وكان الفسخ مؤثراً عند الشارع وما لم يعلم تأثر الفسخ عليه يجب العمل بالعموم ، ففي المقام المفروض أن المكره في زمان زوال الاكراه لم يفسخ حتى يخرج عن مشمول قوله تعالى (أحل الله البيع)

---

(١) وجهه : أن التمسك على قوله (ص) (الناس مسلطون) تقريرين : أحدهما : ما ذكر في المتن فيرد عليه ما ذكرنا من عدم احراز المالية بعد الفسخ لصاحبه ، فلا يكون تصرفه في المال بعد الفسخ تصرفاً في مال الغير، للشك في كونه مال الغير حينئذ . وثانيهما: أن يقال ان اخراجه بالفسخ عن مالية الاخر وملكه خلاف سلطنته فان ملكية العين التي يرى الاخر استرجاعها محققة عنده لصاحبه قطعاً ، فاخراجه عن ملكه بالفسخ مناف لقاعدة السلطنة . ولكن يرد على هذا أيضاً .

وفي ثاني الزمان حيث لم يعلم تأثر الفسخ ، فيجب الحكم بابقائه تحته لعدم ثبوت خروجه في زمان حتى يستصحب حال الفرد المخصص كما هو في عموم العام السابق ، أعني (أوفوا بالعقود) وأشباهه، فالمختار حينئذ هو الفورية تمسكاً بتلك الاية الشريفة وماأفاد مفاده من الاخبار فبطل القول بامتداد الخيار الى حصول الافتراق عن زوال مجلس الاكراه لعدم الدليل على ثبوت تنزيل مجلس الزوال منزلة مجلس العقد كما عرفت ويبطل أيضاً القول بالتراخي الى حصول أحد المسقطات الاخر ، لان غاية مايمكن أن يستدل عليه أن المسقط هو الافتراق عن مجلس العقد اذا كان اختيارياً ، والمفروض عدم حصوله بالاكراه، فلايتحقق ذلك المسقط ويبقى الخيار أبداً . فيندفع بأنه لادليل على بقاء الخيار أبداً ، بل الثابت من الادلة عدم سقوطه بالاكراه ، وان الاجماع قام على ثبوته حال زوال الاكراه وأنه جمع بين الحقين فانه لولم يثبت الخيار حين الزوال لكان ضرراً عليه ، ولوكان دائمياً ولم يختر أحدهما لكان ضرراً على الاخر، فمقتضى الجمع العمل بالقدر المتيقن كما هو واضح بناءاً على ماهو المعروف من الهجر في زمن

---

(١) بعد ابطال مايتمسك به على الدوام والتراخي من الاستصحاب والعمومات لا يقال أن ذلك مناف لما اخترنا في المسألة السابقة ، أعني بقاء الخيار دائماً فيما اذامات أحد البيعين ، لانا نقول : أن الشك هناك في المانع ، أي في حصول المسقط للخيار ، فيستصحب الخيار بعد القطع بوجود المقتضي والشك في حصول مسقطه للخلاف في أن افتراق الروح افتراق أم لا بخلاف المقام ، فان الشك هنا من جهة جعل الخيار عند زوال الاكراه ، هل هو على سبيل الفورية أم لا لعدم الشك والخلاف هنا في المانع ، اذ الخلاف هنا ليس من جهة حصول المانع والمسقط بل من جهة أنه وان تحقق المانع وحصل ذات المسقط ، الا أنه لماكان عن اكراه يكون وجوده كعدمه ، والمفروض أيضاً ثبوت الخيار في حال زوال الاكراه ، الا أنا نشك أن ثبوته هل هو على وجه الفور أو على وجه الدوام مطلقاً أو بدوام مجلس الاكراه .

الخيار .

ولكنا نقول : مع أنه لادليل على البقاء قدعرفت الدليل على انتفائه ، أعني قوله تعالى : (أحل الله البيع) ومن ذلك أيضاً عرف أنه لاوجه للتفصيل .

والعجب في المقام مماصدر عن شارح اللمعة، حيث اختار في المسألة قول المشهور قال في الفرع الذيذكره العلامة حيث اختار في المسئلة قول المشهور من بقاء الخيار لو زال الاكراه عنهما مارين وسائرين أن المختار سقوط الخيار بمرورهما .

قال في الفرع الذي ذكره العلامة «قده» من بقاءالخيار لو زال الاكراه عنهما ، مارين وسائرين أن المختار سقوط الخيار بمرورهما عن موضع زوال الاكراه، فان العبرة في ثبوت الخيار انكان مجلس الزوال وتنزيله منزلةمجلس الاول وجعل الافتراق الاكراهي كأن لميكن لكان اللازم ثبوت الخيار أيضاً مارين وسائرين مالم يتفرقا عن هيئتهما الاجتماعيةوان كانت العبرة بموضع الاكراه لكان اللازم عليه اختيار القول بالتفصيل ، مع أنه صرّح ببطلان القول بالتفصيل ، فلعلّه سهو من القلم الناسخ .

هذا كله فيمالو كانا كلاهما مكرهين في التفرق. أمالو أكره أحدهما على التفرق هل يبقى الخيار أيضاً أم لا ؟ فيه أقوال .

وتوضيح ذلك يتوقف على بيان صور المسألة ومبناها وبيان الاقوال وأدلتها أما صور المسألة : فنقول: على فرض اكراه أحدهما على خصوص التفرق لايخلو في بقاء الاخر في المجلس وعدم مصاحبته معه. اما أن يكون عن كره ومنع أولا وعلى الثاني لايخلو في أن عدم مصاحبته أما أن يكون عن قصور كالنائم أو عن تقصير بأن اختار القعود في المجلس عن شعور واختيار . وهذه صور ثلاثاًو كذلك عكسه بأن أكره أحدهما على البقاء والاخر افترق عن قصور كالنائم لوفرض مشيه

في حال النوم والحامل، أوعن تقصيركالمختار الشاعر افترقا عن اختيار . لاريب في سقوط الخيـار في الاول وخروجـه عن محل الكلام هنا ، لانهما مكـرهان وكلامنا هنافي تحقق الاكراه بالنسبة الى أحدهما دون الاخر، فاذا أكره أحدهما على التفرق يكون بقاء الاخر في المجلس تارة من جهة عدم الشعوركالنوم وأخرى من جهة الشعور والاختيار .

فهنا صورتان : ان كان المقسم البقاء في المجلس في مقابل الاكراه بالتفرق وان كان مطلق عدم المصاحبة . وتزيد صورة أخرى ، لان عدم المصاحبة قد يكون تارة باختيار البقاء في المجلس وأخرى باختيار المشي الى خلاف طرف المكره فعلى الاول، أي بناءاً على عدم التعميم، الاقوال في المسألة ثلاثة: قول بالثبوت ، وقول بالسقوط، والثالث التفصيل بين المكره والماكث في المجلس، فثبت خيار المكره ويسقط خيار الباقي في المجلس .

وان عممنا المقسم ، فيزيد تفصيل آخر وهـو المحكي عـن « التحرير » حيث قال بثبوت الخيار لهما ان اختار غيـر المكره البقاء في المجلس وسقوط الخيار عنهما ان اختار المشي الى طرف آخر، خلاف الطرف الذي أكره الاخر عليه .

وكيف كان، محل كلام القوم هنا هو القسم الثاني، أعني ما أكره أحدهما على التفرق مع بقاء الاخر في المجلس مختاراً في المصاحبة، فلم يصاحبه عن اختيار وفيه الاقوال الثلاثة وذكر لها مبنيين :

أحدهما ماعن (الفخر«ره») وهو: أن مبنى الأقوال بقاء الاكوان وعدمه وافتقار الباقي الى المؤثر وعدمه وأن الافتراق ثبوتي أو عدمي ، فعلى القـول بعدم البقاء بأن يقال يتجدد في كل آن أوعلى القول بالبقاء ، ولكن يفتقر الباقي الى المؤثـر يسقط الخيار لانه فعل المفارقة بالاختيار .

وأما على القول بالبقاء مع استغناء الباقي عن المؤثر لم يسقط الخيار لانه لم يفعل شيئاً .

هذا كله بناءاً على القول بأن الافتراق أمر وجودي. وأما ان قلنا بعدميته، فان قلنا بأن العدم لايعلل، أي لايستند بشيء ، فلايسقط الخيار أيضاً لانه لم يصدر منه شيء.وان قلنا بأن العدم يستند بشيء، فيسقط الخيار لانه فعل شيئاً يوجب للافتراق للفرض بأنه لابد من العدم أيضاً من مستند وموجب .

وثانيهما ماذكره المشائخ العظام كما هو الاظهر والانسب على مذاق الفقاهة وهو أن الافتراق المجعول غاية للخيار هل يتوقف حصوله على اختيارهما أو يكفي فيه حصوله عن اختيار أحدهما أو يفصل بين حصوله بالنسبة الى المختار وعدمه بالنسبة الى غير المختار .

وأما أدلة الاقوال : فنقول : قد يستدل على القول بالثبوت بوجوه :

أحدها : استصحاب الخيار، ولايرد عليه ماأوردنا في المسألة السابقة من كون الشك في المقتضي، لان الشك هنا شك في المانع للشك في تحقق الافتراق الذي هو مانع عن الخيار ومسقط له .

الثاني: تبادر الافتراق من النصوص المستفيضة الواردة في بيان أن الافتراق غاية للخيار في التفرق المستند الى اختيارهما ، بمعنى كونهما غير مكرهين فيه ، فحيث لم تحصل غاية الخيار فيثبت الخيار ، والمراد من التفرق الاختياري ليس هو التفرق الذي صدر عن شعور وارادة ، حتى ينتقض بالنائم والغافل، فان كون التفرق مسقطه لم يشترط فيه أن يكون عن شعور وارادة ، فان افتراق النائمين والغافلين وأمثالهما قد ذكر أنه لا اشكال ولاخلاف في كونه مسقطاً مع أنهما لم يشعرا ولم يرضيا به أيضاً . بل المراد من قولهم من المتبادر هو التفرق الرضائي أي أنه لم يكن عن اكراه، فالافتراق الاكراهي لاتشمله النصوص، فانه ليس مراداً

من النصوص، فان المتبادرمن قوله عليه السلام : (مالم يفترقا واذا افترقا فلاختيار لهما) غير الافتراق الاكراهي .

فان قلت : اذاكان الافتراق الاكراهي خارجاً عن النصوص للتبادر، فيلزم أن يثبت الخيار مع التمكن عن التخاير أيضاً، مع أنهم قيدوا في عدم كون التفرق الاكراهي مسقطاً بصورة العجز عن التخاير ، لان مقتضى التبادر عدم الفرق بين ماتمكنا من التخاير ومالم يتمكنا لعدم حصول المسقط،أعني الافتراق الغير الاكراهي فيهما .

قلت : أولا : نلتزم بعدم السقوط في كلا الصورتين، ونقول : لايشترط العجز عن التخاير في السقوط كما ذكر سابقاً تبعاً للمشائخ المحققين ، لانه لم تحصل الغاية في كليهما . وثانياً : لو أغمضنا عن ذلك والتزمنا بمقالة المشهور من أن ثبوت الخيار انما هو فيما اذا لم يتمكن من التخاير ، وأما فيما تمكن ، يسقط الخيار أيضاً، ولكن نقول: أن سقوط الخيار في صورة التمكن ليس من جهة حصول الافتراق الذي هو غاية في النصوص، بل من جهة حصول مسقط آخر غير الافتراق وهو الالتزام والتراضي بالعقد ، فان سكوتهما في حال الافتراق مع التمكن من التخاير كاشف عن التراضي والالتزام فان كل فعل أوحركة تكون كاشفاً عن الرضا يصير مسقطاً للخيار ، ففي صورة التفرق الاكراهي وان كان الافتراق كعدمه في عدم كونه مسقطاً للخيار ولاحكم له ولامدخلية له في اسقاط الخيار ، الا أن له من جهة أنه فعل مقارن لعدم التخاير مع تمكنه منه مدخلية في الكاشفية فتصح حينئذ دعوى أن سكوتهما مع هذا الفعل كاشف عن التراضي والالتزام ولاضير فيه .

هذا بالنسبة الى مسلكهم ، وقد عرفت أن لنا كلاماً في الصغرى .

الثالث : الاجماع المنقول عن « الغنية » في أصل مسألة الاكراه فيندرج خصوص المسألة تحت الكلي وان كان في خصوص التفرق الاكراهي في أحد

الطرفين كمفروض الكلام فيصير مما لارتياب فيه ، الا أن الكلام في تحققه في خصوص المسألة، ولكن لاكلام في الشهرة المحققة بل لم يوجد مخالف صريح في المسألة، عدا العلامة في «القواعد» وولده فخر المحققين .

الرابع: صحيحة الفضيل من تقييد التفرق بالرضا، فيشترط أن يكون الافتراق عن رضا. فهذا لو تم لكان نصاً في المطلب، الأن فيه اشكالا لماعرفت في أول المسألة من أن الافتراق مسقط من دون اعتبار الرضا فيه ، فيشمل افتراق النائم والساهي أيضاً لصدق الافتراق على النائم والغافل ولو لم يكن بعد الرضا منهما .

وما ادّعينا من التبادر لاينافي ذلك لماعرفت أن المراد هو ان لم يكن عن اكراه ، لأن المراد أنه يعتبر فيه الرضا ، وكيف ينتقض ذلك بموارد الاجماع. فحينئذ لابد من التأويل في صحيحة الفضيل أوحملها على أنه لا عبرة بالقيد لا وجوداً ولا عدماً لانه وارد في مورد الغالب ، وحيث أن القضية غالبية يصير ذكر القيد من جهة الغلبة لامن جهة الاعتبار والعبرة به .

وأماالقول بالسقوط وهو ماأستقربه العلامة «قده» في «القواعد» وولده فخر المحققين، ونسب الى ظاهر المحقق في «الشرائع»، والى شيخنا الشهيد «قده»، وان كان في النسبة اليهما نظر لعدم ظهور عبارتهما في ذلك فان المحكي عن «الدروس» أنه لاعبرة بالتفرق كرهاً مع المنع من التخاير. فهذه العبارة كعبارة «الشرائع» تدل على عدم السقوط عند ثبوت الاكراه على تفرقهما مالم يتمكنا من التخاير متطوعاً فتدل حينئذ مصاديق ثلاثة :

أحدها : مفهوماً على السقوط عند انتفاء التفرق الاكراهي مع انتفاء التمكن من التخاير فيصير المفهوم سقوط الخيار عند التمكن من التخاير مع تحقق الاكراه في الافتراق من الطرفين .

وثانيها : سقوطه مع عدم التمكن أيضاً ولكن مع تحقق الاكراه في طرف

واحد .

وثالثها : سقوط الخيار بالتفرق الغير الكرهي ، فتكون العبرة بالتفرق اذا لم يكن عن كره . فتندرج الاقسام الثلاثة في مفهوم العبارة ، ولايظهر من العبارة تعميم الحكم على تلك الاقسام الثلاثة ، لاحتمال رجوع الحكم ، أعني عدم بطلان الخيار الى القيد الاخير أعني مالم يتمكنا من التخاير ، فيكون عدم البطلان معلقاً عليه ، فتكون العبارة بحسب المفهوم ساكتاً عن التفرق الاكراهي بالنسبة الى أحد الطرفين .

فان قلت : ان المفهوم يصدق في جميع الامور الثلاثة فيشمل سقوط الخيار بالنسبة اليهما .

قلت : سلمنا اندراج الثلاثة في المفهوم ، لكن لم يعلم من المفهوم مقدار السقوط ، وكيفية هل هو من الطرفين أو من طرف خصوص المكره (انتهى) .

وكيف كان استدل على هذا القول أيضاً «قده» بوجوه :

أحدها : اطلاقات النصوص مع صدق الافتراق في صورة الاكراه أيضاً ، وانما خرج عنهما ماكان الاكراه على الطرفين ، فان القدر المتيقن من الادلة الماضية هو مالو اكره كلاهما على التفرق ، وأما لو اكره أحدهما على التفرق فلم يثبت من الاجماع وغيره خروجه ، فتشمله الاطلاقات لصدق الافتراق به .

وثانيها : روى به الخطى الحاكية لفعل الامام عليه السلام وأنه قال عليه السلام (فمشيت خطاءاً ليجب البيع حين افترقنا) حيث جعل مجرد مشيه سبباً لصدق الافتراق المجعول غاية للخيار .

وثالثها : نقل الاجماع عن السيد عميد الدين «قده» . وفي الكل نظر .

أما الاول : فلان دعوى صدق الافتراق على التفرق الكرهي مدفوعة بالتبادر المذكور ، فان العمدة في المسألة السابقة في ثبوت الخيار هو التبادر بأن يقال :

أن المتبادر من اطلاقات النصوص المشتملة على جعل الافتراق غاية للخيار هو الافتراق الرضائي بمعنى ان لم يكن مكرهاً ، فلا يشمل التفرق الاكراهي ـ كما بيّنا ـ ممالم يكن والمفروض أنه لااطلاق للمفهوم بالنسبة الى بيان المقدار وكيفيته عن اختيار بمعنى كونه مكرهاً لم يكن مسقطاً للخيار ، لان المتبادر من الافتراق غير هذا القسم .

وأما الثاني : ففيه أولا : فان الرواية حاكية عن فعل الامام عليه السلام ، لا اطلاق فيه ، لانه قضية في واقعة لا يستكشف منه اثبات المدعى .

وثانياً : أنها خارجة عن مسئلتنا هذه ، اذ مفروض الكلام هنا ماكان أحدهما مكرهاً والرواية ساكتة عن ذلك ، لان الامام عليه السلام مشى باختياره والاخر ترك المصاحبة باختياره أيضاً ، فقعود الاخر في المجلس اختياراً مع مشي الامام عليه السلام لحصول التفرق المجعول غاية للخيار لايدل على تفرق أحدهما كرهاً وكونه مسقطاً للخيار ولااطلاق في الرواية حتى يتمسك به بتقريب أن يقال : أن ترك مصاحبة الاخر أعم من كونه عن اختيار أو عن كره .

والعجب من شيخنا العلامة «قده» حيث سلم ظهور صحيحة الفضيل في اعتبار الرضا جعله معارضاً لهذه الرواية ، مع أن هذه الرواية ساكتة عن التفرق الاكراهي ، وقاصرة عن دلالة سقوط الخيار فيما تفرق أحدهما كرهاً .

نعم يتم ذلك بدعوى أن غرض الامام عليه السلام جعل مشيه سبباً لحصول الافتراق المسقط للخيار من دون حصول المشي من الاخر ومن دون أن يعتبر رضا الاخر في قعوده وترك مصاحبته فيكون مجرد المشى في جانب مسقط للخيار ، سواء كان الاخر في ترك مصاحبته راضياً أومكرهاً .ولكن هذا حسن اذا علم بأن غرض الامام عليه السلام ذلك وأنه في مقام بيان ذلك، ولكنه مجرد الدعوى لابيّناً ولامبيّناً لعدم الشاهد له ، لافي كلامه عليه السلام ولا في فعله عليه السلام .

وأما الثالث : فمدفوع بعدم تحقق النقل فانه مجرد دعوى لا ثبوت لها ، لان كتابه ليس بأيدينا ، ومن المحتمل أن دعواه سقوط الخيار بالاجماع انما هي فيما لو أكره كلاهما ، وكيف مع أنا لا نجد مصرحاً بالسقوط عدا العلامة في «القواعد» وولده فخر المحققين كما صرح به صاحب «الجواهر» بل الاقوى من ذلك هو القول بالتفصيل كما نسب الى «الخلاف» و «جواهر» القاضي وظاهر «التذكرة» بل صريحها .

واستدل على القول بالتفصيل بما حاصله : أن هنا خيارين ومسقطين وان افتراق كل منهما مسقط في حقه ، فان كان في أحدهما عن اكراه وفي الاخر عن اختيار سقط عن الاخر لعدم المانع من السقوط ،وأما في حق المكره لانافتراقه منزّل منزلة العدم عند الشارع للادلة السابقة فليس له حكم ، فيثبت الخيار حينئذ في حقه لعدم حصول مسقطه وماحصل منه من الافتراق لا أثر له فلم يكن مسقطاً للخيار . واجيب عن ذلك بوجهين :

أحدهما : ماعن «جامع المقاصد» من ان الافتراق أمر واحد قائم بالطرفين فان حصل سقط الخياران وان لم يحصل فلا يسقطان فلا وجه للتفصيل حينئذ .

وثانيهما : ان المسقط لم يحصل في مفروض المسألة ، أما في حق الماكث فواضح لانه ترك المصاحبة باختياره فلم يصدر منه الافتراق ،وأما في حق المكره على التفرق ، فلان افتراقه بمنزلة عدمه عند الشارع لان مقتضى الادلة السابقة عدم الاثر لتفرقه فكأنه لم يحصل منه الافتراق ، فلايسقط الخياران .

ويندفع الاول : أولا: بأنا نختار الشق الثاني ،فقولك أن الافتراق لم يحصل فلا يسقط الخيار مدفوع بأن المسقط ليس بمنحصر بالافتراق حتى نقول أنه لم يحصل بل المسقط حينئذ هو ترك مصاحبته وعدم فسخه مع تمكنه منه ، فحيث لم يفسخ مع تفرق الاخر عن المجلس دليل على التزامه بالعقد ورضائه به لانه

لولاه لما ترك المصاحبة أو يفسخ قبل انقضاء المجلس كما صرح في «الروضة» وغيرها بلزوم العقد مع تمكنهما من الفسخ ولم يختارا وان أكرها على التفرق ، ونسب ذلك الى المشهور حسب مامضى فـى المسألة السابقة ، بل ذلك مختار المجيب أيضاً ،فان ترك اختيار الفسخ أو المصاحبة مع الاخر الخارج عن المجلس كاشف عن الالتزام والتراضي ، وكلما حصل الكاشف عن الالتزام بالعقد والرضا به يكون الخيار ساقطاً بلا خلاف .

فان قلت : ان ترك اختيار الفسخ ، كالسكوت في المجلس كما أنه ليس بدال على الالتزام بالفرض والاجماع كذلك في المقام أيضاً .

قلت : أولا: ذلك منقوض بترك اختيار الفسخ فيما لو أكرها معاً مع تمكنهما من التخاير حيث أن مختار المجيب بل الاكثر هو السقوط ، لعدم الفرق بينهما ماكان ترك الاختيار يوجب سقوط الخيار مع التمكن فيما لو أكرها معاً لكان يوجب سقوطه أيضاً فيما لو أكره أحدهما وان لم يكن موجباً في المقامين غير الساقط.

وثانياً : منحل بأن السكوت وترك الفسخ في المجلس ليس بمسقط للخيار للتروي لبناء البيعين فـي المجلس على التروي ، فسكوتهما فيه لايكشف عـن الالتزام الا انه لما أراد أحدهما الخروج عن المجلس وزوال زمن الخيار لكان سكوت الاخر حينئذ كاشفاً عن الالتزام ، لانه لولا ذلك لما ترك التخاير فتحصّل الفرق بين المقامين ، لان السكوت في مجلس العقد مع بقائهما فيه ربما يكون للتروي ، وأما مع زواله ومفارقة الاخر عنه يكشف عن التراضي لانه لولاه لما فارقه .

وهذا مسلم على مذاق المجيب تبعاً لاكثرهم كما سبق ،وان كان لنا في الصور مناقشة كما عرفت .

وثالثاً : بأنا نختار الشق الاول ، فقولك (ان الافتراق حصل) مسلم الا أنه لم

يؤثر في حق المكره لادلة الاكراه ويؤثر في حق المختار لعدم ثبوت دليل على عدم تأثره في حقه ، فيسقط الخيار في خصوص حقه ، فيثبت القول بالتفصيل .

فظهر مما ذكرنا الجواب عن الوجه الثاني أيضاً ، لان قوله (أن الافتراق ماحصل ، فلا يسقط الخيار ، فيثبت الخيار كما عليه المشهور) يندفع بأنه لايتم على مذاقهم، من أن مع ترك اختيار الفسخ مع التمكن منه يلزم العقد ، لحصول الالتزام بالعقد وكونه كاشفاً عنه .

ففي المقام مقتضى مذهبهم أن يقال: أن المسقط لم ينحصر بالافتراق،والقول بالتفصيل ليس مبنياً عليه ، بل انما هو مبني على أن أحدهما لما تفرق عن اكراه فلا أثر له فيبقى خياره ، وأما سقوط خيار الاخر الساكت القاعد في المجلس ، لان ترك مصاحبته واختياره الفسخ مع التمكن منه ومشاهدة انقضاء مجلس العقد لاكراه صاحبه على التفرق يكشف عن التزامه ورضائه بالعقد ، فيكون المسقط حينئذ هو التزام والتراضي المستكشف ، لاالافتراق المجعول غاية للخيار .

بقي هنا التفصيل الرابع المحكي عن «التحرير» وهوأنه ان بقي الاخرالغير المكره في المجلس ، فلا يسقط الخياران وان ذهب عن المجلس فيسقطان والوجه في ذلك أمرين :

أحدهما : أن غير المكره ان بقي في المجلس ماصدر منه شيء حتى يوجب للسقوط ، بل حاله حينئذ حال المكره في ثبوت الخيار لهما لعدم حصول مسقط الخيار منهما أما من المكره كعدمه فلا أثر له وأما من الجالس فلعدم صدور الافتراق منه وحيث لم يحصل الافتراق المجعول غاية للخيار أعني الافتراق الذي لايكون عن اكراه ثبت الخيار لهما أما للمكره فلادلة الاكراه ، وأما للثابت في المجلس، فلعدم صدورشيء منه ـ من الافتراق ـ وان ذهب عن المجلس فلتحقق صدور الافتراق عنه باختياره فيسقط خياره .

ويرد عليه ـ فيما لو بقي في المجلس من قولـه (لم يصدر منه الافتراق ولا يسقط الخيار) ـ أولا : بالنقض على المسألة الاتفاقية المصرح بها، أعني لوذهب أحدهما عن المجلس اختياراً وبقي الأخرفيه اختياراً يسقط الخيارلحصول الافتراق منهما ، والقول بالفرق بينهما بأن الافتراق هناك مستند الى الذاهب عن المجلس اختياراً لاعلى القاعد فـي المجلس فلم يصدر منه الافتراق مدفوع بأنهم صرحوا على حصول الافتراق عن الباقي في المجلس أيضاً . فتأمل .وثانياً : بالحل : ان بقائه في المجلس ـ اختياراً مع تفرق الاخر ولو عن كره ـ يكشف عن الالتزام بالعقد والرضا به ، لانه لولا التزامه بالعقد لما ترك المصاحبة معه .

وثالثاً : أن الافتراق عبارة عن حصول البعد بينهما ، وهو حاصل عن القاعد في المجلس أيضاً ، فيسقط خياره لوكان باقياً في المجلس ،كما أنه يسقط لوكان ذاهباً عنه ، فلا وجه للتفصيل بينهما .

هذا ، ولايخفى أن القول بالتفصيل يلزمه أن نقول بحصول الافتراق اذا كان مع الرضا في طرف واحد فيرد عليه ماأوردنا سابقاً من أن المتبادر من الافتراق مالم يكن عن اكراه ولو من الطرف الواحد ، فلوكان من طرف واحد عن اختيار دون الاخر لايصدق الافتراق أيضاً لمقتضى التبادر .

وثانيهما: أنافتراق المكره نزّله الشارع منزلةالعدم، فكأنه جالس في المجلس مثل صاحبه ، فهما حينئذ ـ أي لو بقي الاخر في المجلس اختياراً ـ لـم يفترقا فلهما الخيار ، وأما لو ذهب الاخر اختياراً فيندرج فـي المسألة الاتفاقية ، أعني مالو ذهب أحدهما وبقي الاخر من دون اكراه في البين يسقط الخياران .

وفيه : مضافاً الى مايرد عليه ماذكرنا فـي الوجه الاول ، أجاب عنه بعض المشائخ: بأن المكره انماينزّل منزلة الجالس المحبوس لامنزلةالجالس الاختياري حتى يندرج فـي المسألة الاتفاقية ، ضرورة أن الافتراق الاختياري لما تعذر عنه

حين الاكراه ينزل منزلة الجالس الاضطراري لعدم قدرته على الافتراق الاختياري فحينئذ يندرج في المسألة المتنازع فيها في المقام، وهي لو فارق أحدهما اختياراً وبقي الأخر مكرهاً عكس الصورة التي ذكرنا أنها محل كلامهم وتصريحاتهم اذ الصورتين المتعاكستين حكمهما واحد .

فاتضح لك أنه لامعنى للتفصيل، بناءاً على القول بصدق الافتراق من الطرف الاخر الاختياري ، فلابد عليه القول بالسقوط مطلقاً ، فيتوجه عليه حينئذ ماأوردناه على القول بالسقوط المطلق ، فالمتجه حسب ماعرفت هو القول بالثبوت كما عليه المشهور ، بل ليس الخلاف مصرحاً به عدا مافي « القواعد » وتبعه فخر المحققين «قده» .

ثم أنه ربما تتوهم المنافاة بين الخلاف هنا ـ أي فيما لوحصل الاكراه على تفرق أحدهما مع اختيار الاخر الذهاب أو البقاء ـ وبين المسألة المتقدمة ـ أعني لومات أحدهما وفارق الاخر اختياراً ـ فان الظاهر عدم الخلاف في سقوط الخيار ين هناك . وكذلك في مالو ذهب أحدهما مع بقاء الاخر في حال النوم أو الغفلة ، حيث أنه لاخلاف في سقوط الخيار بمجرد اختيار أحدهما الذهاب ، سواء كان الباقي نائماً أو ميتاً ، مع أنهم اختلفوا هنا فيما لو اختار أحدهما الذهاب مع كون الاخر مكرهاً اما بالذهاب أو بالجلوس ، فما الفرق بينهما ؟

ولكن يندفع ذلك التوهم بما ذكرنا من أن المتبادر من الافتراق المسقط المجعول غاية للخيار هو الافتراق الغير الاكراهي ، فهو حاصل في فروع المسألة السابقة ، كما لوفارق أحدهما مع كون صاحبه ميتاً أو نائماً ، اذ الافتراق من غير كره قد حصل بخلافه هنا ، فان الافتراق أمر قائم بين الطرفين ، والمفروض حصول الاكراه في أحدهما ، فلا يحصل الافتراق الغير الاكراهي .

وكذلك أيضاً ربما يتوهم التنافي في عبارة العلامة «قده» حيث قال في ذيل

(أن مفارقة الدنيا أولى) : يسقط خيار الميت . وهذا ظاهرفي اختصاص السقوط في حقه ، حيث سكت عن سقوطه في حق الاخر الحي ، وقال في هذا المقام : يسقط خيار الباقي فيسقط خيار المكره أيضاً .

وجه المنافاة : لو كان سقوط أحد الخيارين مستلزماً لسقوط حق الاخر أيضاً كما قال هنا ، فلازمه أيضاً سقوط الخيار من الاخر الحي في مسألة مالو مات أحدهما مع أنه «قده» سكت عن ذلك وجوابه واضح ، لانه « قده » في المسألة السابقة ليس في مقام بيان ذلك بل في مقام أن الافتراق يحصل بمجرد الموت فيسقط عن الميت وأما سقوطه عن الاخر : فأوكل حاله على القواعد ، حيث أن الافتراق لو حصل بمجرد الموت لابد من سقوط الخيار عن الطرفين لحصول الغاية وهذا واضح .

(مسألة)

فى أن التصرف هل هو مسقط لذلك الخيار ، كما أنه مسقط فى خيار الحيوان وغيره أم لا ؟

فيه خلاف وأقوال ثلاثة :

أحدها : السقوط ، ونسب ذلك الى قاطبة المتأخرين .

وثانيها : عدم كونه مسقطاً ، وهو المنسوب الى جماعة من المتقدمين ، ويظهر من اقتصار المحقق في «الشرائع» وغيره كما في «الفقيه» والمحكى عن «المبسوط» وأبي سعيد وغيرهم ممن اقتصروا في المسقطات لخيار المجلس بغير التصرف ، مع أنهم في مقام بيان المسقطات ، فاقتصارهم يكشف عن عدم كون التصرف مسقطاً .

وثالثها : التفصيل بين البائع والمشتري ، وهو الظاهر ممن اعترف بسقوط

خيار المشتري بالتصرف في المبيع واقتصر بذلك أيضاً .

ثم ان محل النزاع في كون التصرف مسقطاً انكان التصرف الذي هو كاشف عن الرضا والالتزام بالعقد ، فالحق مع المتأخرين بل لاأظن يخالفه غيرهم معهم في ذلك ، ونسبة عدم كونه مسقطاً الى المتقدمين لاأصل له، وكيف أنهم صرحوا في مسألة التخاير : أن الالتزام بالعقد المستكشف عن ترك تخايره مسقط للخيار فالامر العدمي الكاشف عن الالتزام اذا كان مسقطاً للخيار فمثل التصرف الذي هو أمر وجودي وكاشف عنه مسقط له بطريق أولى ، مضافاً الى تصريحاتهم بأن الكاشف عن الرضا يكفي في السقوط ، سواء كان فعلا أو قولا، بل قد عرفت في المسألة السابقة اشتراطهم في سقوط الخيار عن المكره بالعجز عن التخاير ، فلو تمكن من الفسخ ولم يفسخ لسقط الخيار .

وهذا دليل واضح على أن مذهبهم سقوط الخيار بكل كاشف حتى لو كان أمراً عدمياً كترك التخاير مع التمكن منه فكيف بالامر الوجودي وان كان محل النزاع في مطلق التصرف وان لم يكن كاشفاً عن الرضا ، بل التصرف نظير الافتراق مسقط تعبدي للخيار . فالحق هو القول الثاني ومع الغض عنه فالقول الثالث لعدم ثبوت دليل على أن التصرف مسقط تعبدي للخيار .

واقصى مايتمسك به هو صحيحة رباب الواردة في خيار الحيوان ، أعني قوله (اذا أحدث حدثاً فذلك رضى منه فلاشرط له) وتقريب الاستدلال به على وجهين :

أحدهما : اطلاق قوله (فلا شرط له) أي لاخيار ، سواء كان خيار الحيوان أو خيار المجلس .

وفيه : أن عمومه من باب الحكمة، فمع سبقه بخيار الحيوان لايتم بمقدمات الحكمة اذ يشترط في العموم الحكمي أن لايكون قرينة على الفرد ، فتفريعه على ماسبق، وسبق ذكر خيار الحيوان قرينة على ارادة خصوص شرط الحيوان منه ،

فلا يتم العموم حينئذ .

وثانيهما : من جهة عموم العلة، فانه نزل الحدث الذي هو نصرف منزلة الرضا يعني كما أن الرضا مسقط فكذلك الحدث ،لانه رضى منه فهذا يصير بمنزلة الصغرى يعني أن المشتري اذا أحدث حدثاً فذلك رضى منه ،وبضم الكبرى المطوية يتم الاستدلال ، وهي أن كل حدث يحدثه هو رضى منه وهو مسقط للخيار .

وفيه : أن عموم العلة مسلمة ولكن يقتصر في العموم على مقدار يصح فيه الكلام ، فمع صحة الكلام بالعام الذي هو أقل أفراداً لايتعدى منه الى العام الذي هو فوقه ، كقولك (لا آكل هذا الرمان لانه حامض) وغاية مايستفاد من العلة هو الحامض الرماني فيتعدى المورد الى كل رمان حامض من دون أن يتعدى منه الى كل حامض غير الرمان أيضاً . وكذلك في المقام ، فيتعدى من المورد الى كل حدث ، حدث في الحيوان ، سواء كان من البائع أو من المشتري بل يتعدى الى أقل من هذا وهو خصوص المشتري ، فلا يتعدى الى البائع .

ومن ذلك يتضح لك وجه القول بالتفصيل ، وتوضيح المقام وتفصيله وبيان الاحتمالات من الصحيحة سيجيىء عند البحث في خيار الحيوان انشاء الله تعالى فانتظر .

فتحصّل : أنه لادليل على كون التصرف وان لم يكن كاشفاً عن الرضا مسقطاً من باب مجرد التعبد كالافتراق ، بل ان كان كاشفاً عن الرضا والالتزام يسقط الخيار لما ذكرنا سابقاً أنه لم يشترط في الكاشف شيء من خصوص الالفاظ والافعال ، بل كل قول أو فعل أو حركة يكشف عن الرضا مسقط له والا ، فلا يسقط به خيار المجلس .

هذا كله في المنتقل اليه ، وأما التصرف في المنتقل عنه ، بأن تصرف البائع في المبيع المنتقل الى المشتري ، فان علم كشفه عن فسخه فهو ، وان علم أنه

ليس في مقام الفسخ بتصرفه ، فكذلك أيضاً لاعبرة بتصرفه ، وان كان مشكوكاً فالميزان فيه أن كل تصرف يحرم على الاجنبي الغير المالك في ملك الغيرفيحكم بفسخه والا فلا .

بعبارة اخرى : أن تصرف البائع في المبيع ، والمشتري في الثمن تصرفاً يتوقف على الملكية كاللمس والوطي والنظر وغير ذلك كاستخدام الامة من غير اذن صاحبه أو ركوب الدابة ، فيحكم بالفسخ . وان لم يكن متوقفاً على الملك كاجراء عقد النكاح للغير وبيعه فضولة فلا .

والوجه في ذلك: هوالاصل المؤسس في جعل المسلم ، أعني أصالة الصحة فان البائع اذا تصرف بالمبيع ـ اذا كان أمة مثلا ـ باللمس أو بالوطي . ويقع الشك في أنه هل فسخ هذا حتى يكون فعله هذا صحيحاً أو أنه تصرف لا على وجه الفسخ ، بل من جهة العدوان والحرمة حتى يكون فعله فاسداً وحراماً ، وحيث دار الامر بينهما فمقتضى حمل فعل المسلم على الصحة الحكم بأنه من باب الفسخ .

هذا بناءاً على المختار من جريان أصالة الصحة في أمثال المقام ، وأما بناءاً على مذهب المحقق الثاني : من أن أصالة الصحة انما تجري فيما كان المقتضى والشرائط والاجزاء محققاً ثابتاً .

وانما يقع الشك في المانع فيشكل الامر حينئذ فى أمثال تلك التصرفات ، كما أنه يشكل في التصرفات التي لم تتوقف على الملكية كاجراء عقد الامة وبيعها لدوران الامر بين الاصلي والفضولي ، ولاأصل فيه يعتمد عليه ، اذ لو فرضنا أن البائع باع الامة الى ثالث بأن أجرى مجرد صيغة كما هو الشأن في الفضولي ، ولكن يقع الشك في أنه هل هو قصد البيع لنفسه حتى يكون أصلا فيصير فسخاً أيضاً ، أو قصد عن قبل المشتري حتى يكون فضولياً كما أن الاصل عدم قصده

عن الغير ، كذلك الاصل يقتضي عدم قصده عن نفسه فيتعارضان من الطرفين ، فلا يحكم بأحد الطرفين .

هذا تمام الكلام في خيار المجلس، وقد فرغنا منه في أحد عشرين من ربيع الثاني . فنشرع في خيار الحيوان[1] :

(خيار الحيوان)

فنقول : يقع الكلام تارة في الموضوع واخرى في الحكم .

أما الاول : الظاهر أنه لاخلاف بينهم في عموم الحيوان لكل ذي حيوة ، برياً أو بحرياً ، انسياً أو غيره وغير ذلك ، الا أن هنا اشكالين أشار اليهما شيخنا العلامة «قده» .

أحدهما : ماتفرد به ، ولم نره في كلام أحد من الفقهاء وهو دعوى ظهور أخبار الباب في الحيوان المقصود حياته في الجملة ويباع من حيث أنه حيوان وأما الحيوان الذي كان الغرض والمقصود بالاصالة لحمه دون حياته حتى أنه انما يباع من حيث أنه لحم ،فلايشمله الحيوان فلايثبت في بيعه خيار الحيوان لانصراف الحيوان الى القسم الاول منه، فيكون حينئذ مثل السمك المخرج من الماء والجراد المحرز في الاناء خارجاً عن مشمول الحيوان فيصح بيعه من ذي خيار .

ولكن هذا الاشكال هين،لوضوح أن قصد الحياة أو اللحم يختلف باختلاف المتبايعين ، فالمشتري في بعض الموارد يقصد حياة المبيع وهومقصود بالاصالة وفي بعض الموارد يقصد لحمه ، فيكون المقصود بالاصالة اللحم لا الحياة ، وذلك لايوجب انصراف الحيوان لما كان المقصود بالاصالة حياته بل لا عبرة في القصد في صدق الحيوان .

ألاترى أن القصابين لايقصدون من شراء الشياة الا لحمها وان بعض الحيوانات

الاخر من أقسام الشياة وغيرها ليس المقصود بالاصالة منها الا اللحم مع ثبوت الخيار فيها من غير اشكال ولا خلاف .

وثانيهما : ماأشار اليه فى «الجواهر» وفي كتب بعض المشائخ ممن تأخرعن صاحب « كشف الغطاء » وتلمذ عليه ، بل اظن أن أصل الاشكال منه ، وتبعه بعض تلامذته ومن عاصره وكصاحب «مفتاح الكرامة» حيث لاأثر من هذا الاشكال في كتب القوم وهو ثبوت الخيار فيما لم يستقر فيه الحياة ، كالصيد المشرف على الموت باصابة السهم أو بجرح الكلب المعلّم فيشكل في ثبوت الخيار فىذلك لاشتراط استقرار الحياة في ثبوت الخيار ،وقد استشكل شيخنا العلامة «قده» في خصوص ثبوت الخيار ، ولكن استشكل بعض المشائخ أيضاً في صحة بيعه كما أشار اليهما في « الجواهر » بقوله : وفي اشتراط استقرار الحياة في صحة البيع وثبوت الخيار وجهان ، أشبههما العدم .

فينبغي أن نتكلم هنا في مقامات : أحدها : بيان وجه الاشكال في صحة البيع وثانيها : في بيان الاشكال في خيار الحيوان . وثالثها : في أن تلفه من البائع أم لا ورابعها : في بيان منتهى الخيار .

أما المقام الاول : أعني الاشكال في صحة البيع في الحيوان الذي ليس له حياة مستقرة ،فلما ذكره بعضهم من أنه فيشرف الموت فيجري عليه حكم الميتة لانه اذا كان في عرض الميتة لاينتفع منه فلا يجوز بيعه ، لانه يندرج تحت ما لا منفعة فيه .

فيه: مالايخفى، لامكان الانتفاع منه في شعره وصوفه وأمثالهما ،والمفروض أنه حين البيع ليس بميتة حتى تشمله أخبار الناهية عن الميتة ، فيبطل البيع وان كان الانتفاع ممكناً في شعر الميتة وصوفه لانه لايجوز بيع الميتة منجهة الانتفاع من شعرها وصوفها لانه ليس منفعة مقصودة .

والحاصل : أن جهة الاشكال ان كان من جهة كونه ميتة ، فيه : أن المفروض حياته فعلا ، فلا تشمله الاخبار الناهية ، وان كان من جهة أنه في عرضة الموت فبعد موته يصير ميتة لاينتفع منه ، فيه : أنه ليس بميتة ، ومع كونه في شرف الموت لايعد مما لاينتفع به لامكان الانتفاع من شعره وصوفه ، بل بيعه من جهة هذه لااشكال فيه، بخلاف الميتة، فانها لايجوز بيعها ولوأمكن الانتفاع من شعرها وصوفها ، وان كان الغرض من بيعها ليس الانتفاع من الجهة المحللة كما قرر في محله .

ولايخفى أن هذا الاشكال لايجري في المثالين المذكورين ، بل انما يجري في غيرهما كالصيد المشرف على الموت باصابة الرصاص أو الحجارة مثلا ، أو بجرح الكلب المعلم من دون حصول الشرائط ، أو بجرح غيره .

وأما المقام الثاني: أعني الاشكال منجهة ثبوت الخيار: فقد يذكرلهوجهان :

أحدهما : مايستفاد من كتاب شيخنا العلامة «قده» من انصراف أخبار الباب في الحيوان الذي كان له حياة مستقرة .

والجواب عنهواضح بمنعالانصراف لصدق الحيوان على ماتستقرفيهالحياة أيضاً ، فلا فرق في تحقق موضوعه بينه وبين غيره .

وثانيهما : ماذكره بعض المشائخ من أن المبيع اذا كان مما لاتستقرفيهالحياة يكون في شرف الموت والتلف ، فاذا مات ينتفي موضوع الخيار فينتفي الخيار بانتفاء موضوعه فلا وجه لثبوت الخيار حينئذ . ثم أجاب عن ذلك بامكان الخيار قبل الموت ولو بساعة ، فانتفاء الخيار بانتفاء موضوعه في زمان مع امكانه في زمان آخر لايوجب رفع اليد عن ثبوت الخيار بالكلية ، فتشمله أدلة الخيار حيثما يكون المحل قابلا ولو تعذر بعد .

والحاصل : أن أدلة الخيار لا قصور فيها فحيثما أمكن يثبت ، وتعذره في

زمان لايوجب تخصيصه بالكلية ، بل يتقدر بقدره ،فالمبيع قبل تلفه وموته يمكن ثبوت الخيار ، فيكون مشمولا لادلة خيار الحيوان . وأما بعد تلفه وزهاق روحه كان الخيار منتفياً لسقوطه بانتفاء موضوعه .

هذا ، ثم ان ظاهر هذا الاشكال وجوابه ربما يتراآى في بادي النظر منافاته للقاعدة المقررة عندهم من أن التلف لايوجب سقوط الخيار ، فان المعروف عندهم ـ كما هو المختار ـ : أن الخيار حق تعلق بالعقد ، فيثبت على حسب ما يقتضيه دليله فيما لم يفترقا في خيار المجلس ، أو مافي زمان الشرط في خيار الشرط ، أو فى الايام الثلاثة فى خيار الحيوان وهكذا . نعم لو قلنا بأن الخيار حق تعلق بالمبيع فيسقط بانتفاء الموضوع ، فاذا تلف المبيع يسقط الخيار .

ولكن المشهور والمعروف أنالخيار حق يثبت للعقد ولايسقط بتلفالمبيع فقول المستشكل بأن المبيع اذا مات وتلف ينتفي موضوع الخيار وتسليم المجيب ذلك ، ولكنه يقول بامكانه قبل الموت ينافي هذه القاعدة ، ولكن عند دقيق النظر لامنافاة بينهما مع ملاحظة قاعدة أخرى من أن التلف في زمن الخيار على من لاخيار له. فيكون مورد قولهم (أن التلف لايوجب سقوط الخيار) فيما عدا ذلك فانه لو تلف في ملك من له الخيار في زمن الخيار لكان التلف على من لاخيار له بمقتضى هذه القاعدة المتفق عليها ، فلا يبقى محل لجريان قولهم : أن التلف لايسقط ولايكون التلف على من لاخيار له الا مع بطلان العقد وانفساخه بمجرد التلف ، اذ لما كانت هذه القاعدة بناءاً على ابقاء العقد على حاله، وصحته تكون خلاف القاعدة لان تلف المال في ملك الغير لايوجب ضماناً على الاخر .

فنقول : أن التلف اذا حصل فيملك من له الخيار انفسخ العقد قبل التلف آناً ما ودخل المبيع فيملك من عليه الخيار آناً ما، فتلف حينئذ فيملكه ويكون ضمانه عليه . والمقام من هذا القبيل، لان الحيوان اذا تلف عند المشتري يكون

ضمانه على البائع بمقتضى قولهم أن التلف في زمن الخيار على من لاخيار له ، فيوجب ذلك بطلان العقد ، فكأن الحيوان دخل في ملك البائع وتلف من كيسه، فيكون العقد منفسخاً قهراً .

فينتفي موضوع الخيار فيصح قول بعض المشائخ : بموته ينتفي موضوع الخيار ، اذ بموته يبطل العقد الذي هوموضوع للخيار[1] فلا خيار حينئذ لانتفاء الموضوع. فينحصر مورد قولهم: أن التلف لايوجب سقوط الخيار على صورتين: أحدهما : ما كان لكلا المتبايعين الخيار ، وثانيهما : ما كان التلف في ملك من لاخيار له . ففي تلك الصورتين لايوجب التلف سقوط الخيار لانه لامنافاة مع قولهم ان التلف في زمن الخيار على من لاخيار له بل ينطبق عليه ، فانه لو فرضنا تلف المبيع غير الحيوان مثلا في ملك المشتري ولم يكن له خيار من الخيارات، ولكن كان الخيار للبائع ، فلا يوجب ذلك التلف لسقوط الخيار من البائع ، لان تلفه على المشتري لكونه لاخيار له . وأما اذا كان للمشتري خيار كما فيما نحن فيه فتلف عنده ، فيوجب بطلان العقد لان تلفه حينئذ على البائع الذي لاخيار له ، فيدخل في ملك البائع آناً ما فينفسخ العقد. وأما لو كان للبائع خيار مع المشتري يكون تلف المبيع على المشتري ولا يوجب سقوط الخيارين فتتصادق القاعدتان .

هذا وبعد ما سمعت ذلك في مجلس البحث وكتبته على قصور بالي بمقدار فهمي اطلعت على عبارة بعض المشائخ (أعني عبارة الشيخ علي نجل الشيخ واستاد الاساتيد الشيخ جعفر «قده» في خياراته المنسوبة اليه) وهو أنه قال «قده»: وفي غير مستقر الحياة وجهان ، بالنظر الى صحة البيع وعدمها وثبوت الخيار وعدمه نظراً الى أنه لافائدة فيه فأشبه بيع الميتة ، والخيار لايمكن للموت ،

---

(١) على خلاف من شيخنا الشهيد في (الدروس) حيث ذهب الى ان التلف من البائع ولايوجب سقوط الخيار ايضاً .

وباعتبار حصول الفائدة فيه ولو بشعره ووبره وعظمه .

فلو فرض أنه لافائدة فيه أصلا لم يكن فساد البيع من جهة عدم استقرار الحياة ، بل لهذا الوجه ودعوى عدم امكان الخيار للموت ممنوعة لامكان اختيار المشتري الفسخ قبل الموت، ولو لم يفسخ كان تلفه من مال بائعه كما هو القاعدة في خيار الحيوان . والاقوى : الثبوت لعموم الادلة الدالة على ثبوت هذا الخيار في كل حيوان فلو باع غير مستقر الحياة مع العلم بأنه لايبقى ثلاثة أيام ، أو باع حياً من السمك والجراد ، ولايبقى كذلك احتمل القول بانتفائه لانتفاء موضوعه وبالثبوت مقدار الحياة لان معنى خيار الحيوان خياره مادام حياً ، فيكون كما اذا مات اتفاقاً وبالثبوت الى الغاية ، وخير الثلاثة أوسطها ـ انتهى . ومحل الكلام والحاجة فيما نحن فيه هو قوله : ودعوى عدم امكان الخيار للموت ممنوع .

وأما المقام الثالث: أعني مالو زهق روحه في الثلاثة، هل يعدّ من المشتري أو من البائع ، أو التفصيل بين مستقر الحياة وغيره ، أو بين ما كان المشتري سبباً للتلف وزهاق روحه وعدمه ؟ وجوه في بادىء النظر بل أقوال :

(الاول) ما يظهر من شيخنا العلامة «قده» في كتابه حيث قال : وعلى كل حال فلا يعدّ زهاق روحه تلفاً من البائع قبل القبض لو لم يقبض المشتري ، أو في زمان الخيار بعد القبض .

(الثاني) ما يظهر من بعضهم من كون تلفه من البائع ، ولعل ذلك هو بعض المشائخ الاورع حسب مايستفاد من عبارته المذكورة، أعني قوله : ولولم يفسخ كان تلفه من مال بائعه .

(الثالث) انكان مستقر الحياة ، فتلفه من البائع لانه القاعدة في خيار الحيوان وان لم يكن مستقر الحياة فلا خيار التنزيل حيوانيته منزلة العدم ، فلا تشمله أدلة خيار الحيوان .

(الرابع) ما يظهر من شيخ الفقهاء في «جواهر»ه. والوجه في ذلك حصول التلف بطرح المبيع المخرج من الماء مثلا في الجدد فان كان السبب فيه البائع فضمانه عليه ، لانه مع كونه متلفاً مقتضى قاعدة خيار الحيوان ضمانه عليه ، وان كان السبب المشتري فيستند التلف اليه ، لانه أتلف بنفسه فيكون هو الاقوى في اسناد الضمان اليه .

وأما الوجه في الثالث: فقد ظهر لك من عدم انصراف أخبار الباب الى غير مستقر الحياة ، فكأن المشتري اشترى لحماً ، فلو تلف بعد القبض فليس على البائع .

وأما الوجه في الثاني : فقد عرفت أيضاً من ابتنائه على حصول التلف بالموت ، فلا اشكال في بيع الحيوان كون التلف على البائع في الثلاثة .

وأما الوجه في القول الاول : فواضح أيضاً لابتنائه على عدم حصول التلف فان الحيوان الذى لايقصد منه الا لحمه كالسمك والصيد المرمي بشرائطه الشرعية موته في الثلاثة وعدم موته على السواء في عدم صدق التلف، بل لاتنقص ماليّته أصلا بالموت ، فحينئذ لاوجه من عدّه تلفاً من البائع . هذا وأنت اذا تأملت في وجوه تلك الاقوال يظهر لك في المقام أنه لانزاع في البين وليس كل واحد منها مخالفاً للاخر ، بل النزاع لفظي ، والاحتمالات وابداء الوجوه في أصل المسألة صوري ، اذ ما ذهب شيخنا العلامة «قده» من قوله : (فلا يعدّ زهاق روحه ... الخ) ، انما هو في المبيع الذي لايكون موته تلفاً كالسمك المخرج من الماء للاكل ، والصيد المرمي والمقصود منهما لحمهما.

وأما الوجوه الثلاثة ، فانما هي مبتنية على حصول التلف ، وهو انما يكون فيما عدا هذه الصورة ولاتنافي بين القول الثاني والرابع من التفصيل اذ المراد من القول الثاني هو بيان كون التلف من حيث هو يعدّ من البائع في خيار الحيوان

ولاينافي ذلك مع قاعدة التسبيب والاتلاف عندكون المشتري مباشراً للاتلاف.

وكذلك القول الثالث لانه مبني على أن غير مستقر الحياة كالجراد والصيد المرمى لابد أن يكون المقصود منهما اللحم ، فلا يحصل التلف بالموت بخلاف غيره ، فالاقوى في النظر حينئذ هو التفصيل في تلك الموارد، فتختلف الاقوال بحسب اختلاف الموارد فيرتفع النزاع .

أما المقام الرابع : في بيان منتهى خيار الحيوان مع عدم بقائه الى الثلاثة:

قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : في منتهى الخيار وجوه . ثم لم ينبه على تفصيله، ولعله أشارة الى ماذكره بعض المشائخ في كلامه السابق بعدقوله: والاقوى الثبوت ـ اي ثبوت الخيار ـ فلو باع غير مستقر الحياة مع العلم بأنه لايبقى ثلاثة ... الخ) . حيث يترا آى في النظر بعد تفريع قوله (فلوباع) بقوله (والاقوى الثبوت) أنه في مقام بيان منتهى الخيار وأن فيه احتمالات ثلاثة : أحدها قوله (احتمل القول بانتفائه لانتفاء موضوعه). وثانيها : بقاء الخيار مادام الحياة وثالثها :بقائه الى الثلاثة .

فيرد عليه أولا : عدم تغاير الوجه الاول مع الثاني، اذ مقتضى الوجه الثاني بالموت ينتفي موضوع الحيوان فينفي الخيار أيضاً ، فهذا هو على الوجه الاول حسب ما ذكره من التعليل لقوله (لان معنى خيار الحيوان خياره مادام حياً) .

وثانياً : قوله (معنى خيار الحيوان خياره مادام حياً) ليس أمر مسلم ، بل المحكي عن شيخنا الشهيد «قده» في (الدروس) ثبوت خيار الحيوان ولو لم يكن الحيوان باقياً الى الثلاثة ، فمع ذلك كيف يجعل ذلك في مقام التعليل ، ولو كان المراد من انتفاء الخيار بعد الموت من جهة تلف الحيوان بموته .

فيه : أنه لا اختصاص بالحيوان ولا وجه للتعليل ـ ـ أعني قوله (لان معنى خيار

الحيوان خياره مادام حياً) بل ذلك ـ أي تلف الميت ـ أمر سائر في جميع الموارد سواء كان حيوانأ أو داراً أوغيرهما وحيث تلف المبيع في زمن الخيار ينتفي الخيار لانتفاء الموضوع ـ أعني العقد ـ فان المشهور ضمانه على من لاخيار له و هذا لايطابق على بقائه الااذاقلنا ببطلان العقد قبل التلف آناما، نعم على قول الشهيد وبعض آخر ثبوت الخيار ولومع التلف .

وثالثاً : انقوله (كما اذامات اتفاقاً) مقتضى كونه مشبهاً بهلابد أنيكون أمراً مسلماً ، مع أنه لابيّن ولامبيّن كما يشهدله المحكي عن «الدروس» وجماعة من غيره ولكن الانصاف أن قوله (فلوباع) تفريع على أصل المسألة ، حيث قال : (وفي غيرمستقر الحياة وجهان) فأوضح ذلك في المثال: بأنه لوباع مالم يبق في الثلاثة فيهوجوه : أحدها: انتفاء الخيار من أصله ورأسهلانتفاء موضوعه، ومدرك ذلك ما أشار اليه بقوله : والخيارلايمكن للموت حسبما ذكرنا .

وثانيها : ثبوت الخيار مع الحياة و انتفائه بانتفائها ، كما أشار اليه حسب ما فصلناه .

وثالثها : ثبوت الخيارالى الثلاثة، امالان الموت ليس بتلف في مثل السمك والجراد ، أو أن التلف لايسقط الخيار ، ولوكان التلف في الثلاثة وكان الخيار خيار الحيوان على ماحكي عن «الدروس» .

وهاهنا وجه آخر : وهو الفورية، لان أصل الثبوت بعموم الادلة ، وأماعدم بقائه الى الثلاثة فلانصراف أخبار التحديد الى غيره ، فتدبر .

وكيف كان نقول شرحاً لما ذكره شيخنا العلامة«قده»: في منتهى خياره وجوه:

أحدها : ثبوت الخيار الى مادام الحياة مطلقاً ، فتكون الغاية هي الموت ، فاذامات يكون التلف على البائع فيبطل العقد من حينه ، فانتفى الخيار . وثانيها: الى آخر الثلاثة مطلقاً. وثالثها : التفصيل بين غير مستقر الحياة ـ كمثالي الصيد

باصابة سهم وبجرح الكلب ـ ومستقر الحياة ، فماكان مستقر الحياة ـ كالسمك والجراد في الاناء وخارج الماء ـ منتهى خياره حصول الغاية ان بقي الى الثلاثة والا فعند الموت فيتلف وفي غير مستقر الحياة الخيارالى الثلاثة .

والوجه في ذلك : أن ثبوت الخيار من جهة حيوانية ، وأما موته ليس سبباً لحصول التلف فيكون موته كعدمه، لانالمفروض والمقصود لحم الصيد المرمي بخلاف المستقر كالسمك والجراد فحالهما كسائرالحيوانات في سقوط الخيار. هذا كله في الموضوع ، وأما الكلام في الحكم :

فنقول : أنه لااشكال ولاريب في ثبوت هذا الخيار في الشرع المطهر وأنه اجماعي في الجملة ، وانما الكلام في اختصاصه بالمشتري كما هو المشهور والمحكي عن «الشيخين» و «الصدوقين» و«الديلمي» و «القاضي» و «الاسكافي» وغيرهم من معظم المتقدمين وجل المتأخرين، أوثبوته لهما سواءكان الثمن أيضاً حيواناً أملا، أوالتفصيل بين ماكان الثمن والمثمن حيوانين فيثبت الخيار لهما ، وبين ماكان المثمن فقط حيواناً دون الثمن فيختص بالمشتري ؟ وجوه وأقوال ، والاول منسوب الى المشهور ، بل في « الغنية » و « الدروس » الاجماع عليه ، والثاني الى صريح «المرتضى عام الهدى قده»، والثالث: منقول عن «قطب الدين» وعن بعض المتأخرين .

وهل هنا : الخيار مختص بالبيع كخيار المجلس ، أو يعم لغيره أيضاً كالصلح والاجارة كخيار الشرط وأضرابه ؟

فقدصرح بعض المشائخ : أني لم أجد مصرحاً على التعميم ، مع أن الادلة لاتساعدعلى ثبوته في غير البيع أيضاً .

فيه: أن المصرح صاحب «الجواهر» حيث صرح بعدم مجيىء خيارالحيوان فيه وصاحب «مفتاح الكرامة» في بحث خيار الحيوان وشيخنا العلامة الانصاري في

باب المعاطاة وكفى ذلك بالتصريح .

و يمكن أن يقال : ثبوت هذا الخيار في غير البيع أيضاً لوجود المقتضي وفقدان المانع ، أما وجود المقتضي اطلاقات فتاواهم في الباب وشمول كلماتهم، حيث لاتقييد في عنوان كلماتهم بخصوص البيع ، فكما أن خيار الشرط مثلا يعم لغير البيع أيضاً ، كذلك سوق خيار الحيوان في مساقه مع اطلاق فتاواهم يمكن استظهار العموم مضافاً الى اطلاقات بعض الاخبار كما في صحيحة «محمد بن مسلم» (وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) وان صاحب الحيوان مطلق، فثبوت الخيار له مطلق[1]، فيعم صورة بيعه وصلحه وغيرهما. أما فقدان المانع: فلعدم شيء صالح للمانعية في المقام .

وكيف كان ، للتأمل في تعميم ذلك الخيار مع ماذكرنا مجال واسع ، ثم ان الفاصل في امتياز البائع عن المشتري هو العرف، ولكن صرح بعضهم أن البائع هو الذي لايعقب المنقول عنه بالباء ، وأما المشتري من كان يعقب المنقول عنه بالباء، فكل عوض يكون تالياً للباء فصاحبه مشتري ومالم يكن تالياً للباء فصاحبه بائع كقوله: بعت هذا بهذا . وقول المشتري : قبلت هذا بهذا .

وكيف كان ، الظاهر أن المسألة ذات أقوال ثلاثة : الموجب هو البائع ، والمشتري هو القابل ، وان مصدر الفعل البائع ومصدر الانفعال المشتري ، وأن الناقل للجنس هو البائع وناقل النقد هو المشتري وأن المبادل في هذه هو البائع، و المشتري خلافه وأن البائع من خلى ماله من البائع ، والمشتري بخلافه .

ولكن قديترا آى أن هنا تفصيلا آخر ، فتكون الاقوال أربعة : وهو أن يقال: أن العبرة في الخيار انما هو بالمنتقل اليه ، فان كان حيواناً فصاحبه بالخيار ، سواء كان بائعاً فقط اومشترياً أو كليهما ، لاختصاص الحيوان بالخيار فتظهر الثمرة بين هذا التفصيل والتفصيل السابق فيما كان الثمن فقط حيواناً دون المثمن ، فعلى الاول

ليس للبائع خيار ، لان كون الخيار للبائع على التفصيل السابق انما هو على تقدير أن يكون المثمن حيواناً وكان الخيار للمشتري ، بمعنى أنه في صورة كون الخيار للمشتري تفصيل في ثبوت الخيار للبائع ، في مقابل قول «علم الهدى» : فان كان ثمنه حيواناً فله الخيار والافلا .

وأما على هذا التفصيل فله الخيار ان كان الثمن حيواناً مطلقاً، سواء كان للمشتري أيضاً خيار أم لا. فان المناط والحكمة هو الحيوانية ، فكلما يتحقق في كل جانب، ثبت الخيار .

وهذا التفصيل ربما ينسب الى ظاهر «المسالك» ، ولكن الذي يقتضيه دقيق النظر: هو عدم التعدد بل التفصيل الاول من فروع ذلك ، بمعنى أن قول التفصيل المنتسب الى «الصيمرى» وبعض آخر هو أن العبرة والمناط على الحيوانية فيما انتقل اليه، فيتفرع عليه ثبوت الخيار للبائع أيضاً اذا كان الثمن حيواناً ، على تقدير أن يكون المثمن أيضاً حيواناً وهذا لاينافي ثبوت الخيار له اذا كان الثمن وحده حيواناً .

ثم ان هنا تناقضا في كلام (المسالك) وهو أنه قد قوى قول « السيد » فقال: القول بثبوت الخيار للبائع وان لم يكن الثمن حيواناً ، في غاية القوة ، تمسكاً باطلاق (البيعان بالخيار) واطلاق (وصاحب الحيوان بالخيار) حيث يدلان على ثبوت الخيار لهما ولو كان الحيوان في طرف واحد، ثم جزم في آخر كلامه بقوله : ولو كان الثمن خاصة حيواناً ثبت الخيار للبائع خاصة على الاقوى (انتهى).

ومقتضى تقويته القول الاول : عدم اختصاص الخيار للبائع خاصة فيما كان الثمن وحده حيواناً ، بل لازمه ثبوته للمشترى أيضاً ، وان لم يكن المبيع حيواناً لاشتراكهما في الدليل ، أعني (صاحب الحيوان بالخيار) و قوله (البيعان بالخيار) .

والحاصل : أنه وان رجع عن قول «السيد» مخافة الاجماع على خلافه ، الأن جزمه وتقويته لثبوت الخيار للبائع خاصة فيما لوكان الثمن خاصة حيواناً يناقض تقويته لثبوت الخيار للبائع أيضاً فيما لو كان المثمن خاصة حيواناً، لتساويهما في الاستدلال بالخبر، فان مدرك قول «السيد» كاطلاق (البيعان بالخيار) لايتفاوت في التعميم بين البائع والمشتري .

ونظير ذلك يرد على مافي «الجواهر» [1] أيضاً حيث أورد على قول «السيد» بأن لازمه ثبوت الخيار للمشتري مع عدم كون المبيع حيواناً اذاكان الثمن خاصة مع أنه خلاف الاجماع ... (الخ) اذ فيه ما قلنا : أن لازم قول «السيد» تمسكاً باطلاق الدليل ثبوت الخيار لكليهما ، سواءكان الثمن خاصة حيواناً أو المثمن أو كليهما .

وكيف كان فنشرع في أدلة الاقوال، فنقول : يدل على ما ذهب اليه المشهور وجوه :

(الاول) الاصل المؤسس ـ أعني أصالة اللزوم ـ والمراد منه هنا استصحاب الملكية لو فسخ البائع بعد الافتراق عن المجلس في ثلاثة أيام أو فيما لم يكن خيار المجلس أصلا .

(الثاني) الاجماع المنقول عن « الغنية » وعن ظاهر « الدروس » بل صريحها .

---

١) قال فى الجواهر ما هذه عبارته : (أريدبه ـ أى بصاحب الحيوان الذى كان فى الخبر ـ الاعم يثبت بكل منهما الخيار متى كان احد العوضين وهو مما لم يقل به أحد لان من صورة كون الثمن للدار مثلا حيواناً أولا خيار فيها للمشترى قطعاً كما ان العدول فى الجواب فيهما صريح او كالصريح فى ارادة أحدهما من الصاحب و تخصيصه للبائع فيما اذا كان المبيع حيواناً ممالم يقل به أحد ارادة المشترى منه (انتهى).

(الثالث) العمومات الدالة على لزوم البيع ، والذي يصح أن يستدل بهافي المقام هو قوله (البيعان بالخيار مالم يفترقا) فانه يدل بمفهومه على انتفاء الخيار من البيّعين اذا افترقا، فيدل المفهوم على أنه لاخيار للبائع ولاللمشتري اذا افترقا خرج من ذلك العموم خيار المشترى في الحيوان ثلاثة أيام وبقي الباقي تحت العموم ، فيثبت قول المشهور لنفي الخيار عن البائع مطلقاً، وكذلك قوله تعالى: (أحل الله البيع) وأضرابه . ولكن قد تمسك شيخنا العلامة «قده» بما لايخلو من اشكال وهو قوله: اذا افترقا وجب البيع . فقال : خرج المشتري وبقي البائع .

فيه : أن الاستدلال به يتوقف على الالتزام بعمومه وعدمه تخصيص زائد بالنسبة الى بيع الحيوان في حق البائع . فيرد عليه حينئذ : أنه يدل على وجوب البيع حينما حصل الافتراق مطلقاً، ولكن المفروض عدم وجوب البيع قطعاً فيما كان البيع بيع حيوان، فلو قلنا بثبوت الخيار للبائع أيضاً كما كان الخيار المشترى ليس في ذلك تخصيص زائد حتى يتمسك بالعموم .

ومنه: التمسك بعموم (أوفوا بالعقود) ، فانه يدل على وجوب الوفاء بكل فرد من أفراد العقود ، وقد خرج فرد منه وهو بيع الحيوان ، فانه فرد من العقود ، ولكن لايجب الوفاء في ثلاثة أيام بالنص والاجماع .

وانما الكلام في أن الخيار للمشتري فقط، أو للبائع أيضاً ؟ فلو قلنا بأن الخيار ثابت للبائع أيضاً لم يلزم منه تخصيص زائد لانه لايلزم من القول به مخالفة العموم وتخصيصه ، بل العموم مخصص قطعاً، فحيث كان بيع الحيوان خارجاً عن تحت عموم العقود فلايشمله حكمها ، أعني وجوب الوفاء .

فحينئذ ثبوت الخيار للبائع وعدمه سواء في ذلك ـ كما هو واضح ـ خصوصاً بملاحظة أن وجوب الوفاء انما هو من جهة لزوم العقد ، فاذا لم يكن العقد من العقود اللازمة فأنى ينتزع منه الحكم التكليفي وليس العنوان في متعلق قوله تعالى

(أوفوابالعقود)البائع والمشتري حتى يقال : خرج المشتري بالدليل وبقي البائع تحت عموم (أوفوا).

ثم ان شيخنا العلامة«قده»التفت هنا الى اشكال آخر في التمسك بالعموم وهو أنه قد خصص بخيار المجلس قطعاً فيستصحب الخيار بعد الافتراق عن المجلس أيضاً لان المقام ليس من التمسك بالعموم بل من مجاري استصحاب حال المخصص، فلذاك الاشكال ساق«قده»الاستدلال بوجه آخر وهو التمسك بعموم الاية الشريفة بالنسبة الى ماليس فيه خيار المجلس بالاصل أو بالاشتراط ثم يثبت في غيره بعدم القول بالفصل.

هذا حسن لو لم يعارض بمثله بأن يقال فيما كان فيه خيار المجلس ثبوت الخيار للاستصحاب وثبت في غيره بعدم القول بالفصل .

(الرابع)الاخبار الواردة في الباب وهي طوائف ، منها : يختص الاستدلال بها على مذهب المشهور . ومنها : تمسك بها من ذهب الى ثبوت الخيار للبائع أيضاً . ومنها : استدل بها الطرفان في اثبات مقالتهما ، فنحن نذكر هنا ما يدل على مذهب المشهور ثم نتعرض الطائفة الاخرى عند التعرض للقول بالثبوت المطلق .

فنقول : ان ما يدل على قول المشهور ظاهر غير واحد من الاخبار :

منها : صحيحة الفضيل عن أبي عبدالله عليه السلام ، قال : قلت له : ما الشرط في الحيوان ؟ قال : ثلاثة أيام للمشتري ، قلت : وما الشرط في غير الحيوان ؟ قال : البيعان بالخيار مالم يفترقا ، فاذا افترقا فلا خيار بعد الرضا منهما (الخ) .

هذا الخبر الشريف مذكور في «التهذيب»و«الكافي»وصل الينا بهذا المتن عن الشيخ «قده» وليس في «الجواهر»ولا في كتب مشائخنا عن غير طرق الشيخ ذكر . ولكن ذكر في «مفتاح الكرامة» صحيحة الفضيل عن طريق آخر بغير هذا المتن عن«فقه الراوندي»بما هو أصرح من طريق الشيخ حيث نص فيه بأنه يكون

الخيار للمشتري خاصة ، ولكن اختلاف المتن مع وحدة السند لايتعقل الأن يفرض أن «الفضيل» ذكر الرواية الواحدة مرتين للراوي وضبطه كليهما في كتابه مثلاتجمداً بما سمعه من «الفضيل» أو أن «الفضيل» سمع من الامام عليه السلام مرتين ، أو نقل الراوي أحدهما من قبيل نقل المعنى على مافهمه من الرواية .

وكيف كان ، ليس في أيدينا «فقه الراوندي» وأنه سابق عن الشيخ ، ولعل روايته من غير الاخبار المهذبة ، فالمعروف عند مشائخنا هو المتن الذي رواه الشيخ . فنحن نتعرض لدلالته تبعاً للمشائخ فنقول : تدل هذه الرواية على نفي الخيار عن البائع بوجوه :

أحدها : تعميم السؤال وتخصيص الجواب بخصوص المشتري ، وهذا مما أجمع الاصحاب على حجية مفهوم الوصف واعتبار القيد لانه لو لم يكن للقيد مفهوم لما كان للتخصيص في الجواب وجه بعد أن كان السؤال عاماً ، كما اذا سأل الراوي هل في الغنم زكاة ؟ فقال الامام عليه السلام : في الغنم السائمة زكاة . ومفهوم هذا الوصف الواقع في الجواب بعد هذا السؤال عن مطلق الغنم مما أجمع الاصحاب على حجيته ، ومن أنكر حجية الوصف فهو فيما عدا ذلك .

وثانيها : تعريف المسند اليه يفيد حصر الشرط على المشترى ونفيه عن البائع ، فان قوله (للمشترى) خبر للشرط المحذوف فيكون المقدر بقرينة السؤال اعني ما اشترط في الحيوان الشرط مع الالف واللام فيتم الحصر بضميمة قولهم : المقدر كالمذكور .

وثالثها : تخصيص خيار الحيوان بالمشتري وفي غير الحيوان بالبيّعين ، فانه لو كان في الحيوان أيضاً خيار للبائع لما كان للتفكيك وجه ، ولتغيير الاسلوب فائدة بل ينبغي أن يقال في الحيوان أيضاً : البيعان بالخيار ، كما قال في غيره .

ورابعها : ماذكره شيخنا العلامة «قده» من أن ذكر القيد مع اطلاق الحكم

قبيح الا لنكتة جلية .

وخامسها : حجية مفهوم الوصف على القول به مطلقاً .

وسادسها : مافي «الجواهر» من ظهور ارادة القيد الواقع في السؤال والجواب، في بيان السؤال كونه بمنزلة ما يذكر في الحدود ، فكأنه عليه السلام في مقام التحديد في بيان خيار الحيوان ، فكل قيد كان في مقام التحديد والتعريف لااشكال في ثبوت المفهوم له وكونه نافياً عماعداه .

وسابعها : ظهور اللام في افادته للاختصاص .

فظهر لك أنه ليس في كون الرواية ارتياب في كونها كالصريح على نفي الخيار عن البائع .

وقد أورد عليها : بأنظاهرها خلاف الاجماع ، لان الظاهر من سؤال الراوي عن الشرط في غير الحيوان . والجواب عنه : البيعان بالخيار مالم يفترقا ، ثبوت خيار المجلس في غير بيع الحيوان ، وعدمه في الحيوان ، مع أن كون خيار المجلس ـ مالم يفترقا ـ ثابت في كل البيوع ، سواء كان بيع حيوان أو بيع غيره، ولاريب في ذلك التعميم للنص والاجماع .

وأجيب عنه : بأن جواب الامام عليه السلام انما هو من باب تبعية سؤال الراوي حيث أنه لما سأل عن الشرط في غير الحيوان ؟ أجاب عنه تبعاً لسؤاله أن في غيره (البيعان بالخيار مالم يفترقا) .

وهذا لايدل على نفي هذا الخيار عن الحيوان أيضاً ، ولامنافاة بين بيان الحكم في مورد سؤال السائل وبين كونه ثابتاً على الاطلاق . وفي هذا الجواب ما لا يخفى ، لقبح تخصيص الحكم في مورد وتقييده به ولو كان تبعاً للسؤال ، بل الاولى أن يقال عدم تخصيص الحكم ، فان الحكم في جواب الامام مطلق عام شامل لجميع المتبايعين في حيوان أو في غيره، وسؤال الراوي عن بعض لايوجب

تقييد الحكم وتنزيله مع عموم الحكم واطلاقه في نفسه، لان العبرة بعموم اللفظ لابخصوص المورد ـ كما هو الحق المحقق ـ أن المورد لايصلح أن يكون مخصصاً لعموم اللفظ .

ومنها : خبر بني أسباط ، عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : الخيار في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري .

ودلالته على نفي الخيار عن البائع وان لم يكن بمثابة صحيحة «الفضيل» لانه لم يجتمع فيه جميع ماذكرنا فيها ، الا أن في دلالة تعريف المسند اليه على الحصر وظهور اللام للاختصاص وكون ذكر القيد مع اطلاق الحكم من دون نكتة جلية كفاية على ثبوت المفهوم ونفي الخيار عماعدا المشتري .

ومنها : صحيحة ابن رئاب المروي ـ في «قرب الاسناد» ـ قال: سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى جارية ، لمن الخيار ، للمشتري أم للبائع ، أم لهما كليهما ؟ قال عليه السلام : الخيار لمن اشترى ، نظره ثلاثة أيام ، فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب الشراء .

وهذه أصرح من الكل ولا مجال للمناقشة في دلالتها .

ومنها: صحيحة الحلبي عن الصادق عليه السلام : في الحيوان كله شرط ثلاثة أيام للمشتري وهو بالخيار فيها ان شرط فيها أولم يشترط .

ومنها : صحيحة ابن رئاب ، عن الصادق عليه السلام : الشرط في الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، اشترط فيها أم لا .

ومنها : خبر علي بن فضال في الموثق عن أبي الحسن علي بن موسى الرضا عليهما السلام يقول : صاحب الحيوان ـ المشتري ـ بالخيار ثلاثة أيام .

وهذه الثلاثة أيضاً وان لم يجتمع فيها جميع ما اجتمع في صحيحة الفضيل الا أنه يجيىء فيها أيضاً أكثر الوجوه المتقدمة فيها على التقريب المذكور.

ومنها : صحيحة محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام ، قال رسول الله صلى الله عليه وآله : البيّعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام .

وهذه من الطائفة الاخرى التي استدل بها الخصم أيضاً . ولكن يقرب الاستدلال بها عن قيل المشهور أن يقال : أن المراد من قوله (صاحب الحيوان) شخص واحد من البائع أو المشتري بعد ملاحظة تأخره عن قوله(البيعان بالخيار حتى يفترقا) ضرورة أنه لو كان في الحيوان خيار للبائع والمشتري معاً لما كان في تفكيكه عن قوله : (البيعان بالخيار) وجه بل الذي ينبغي أن يقال حينئذ : البيعان بالخيار ما لم يفترقا وفي الحيوان ثلاثة أيام . فاسناد الخيار ما لم يفترقا الى البيعين ، واسناد خيار الحيوان الى صاحبه دليل قطعي على أن فيماكان المبيع حيواناً ليس لكليهما ـ البائع والمشتري ـ خيار ، بل الخيار لواحد منها ،فلو كان المراد من الواحد : البائع دون المشتري ـ في محل الكلام ، أعني ما لو كان المثمن فقطحيواناً ـ لزم خلاف الاجماع لانه لم يقل أحد من الفقهاء بثبوت الخيار حينئذ للبائع دون المشتري . فيثبت الخيار له فيمفروض الكلام ونفي الخيار عن البائع .

ولكن لايخفى أن هذا انما ينفي الخيارعن البائع في خصوص ماكان المثمن فقط حيواناً ، وأما لو كان الثمن أيضاً حيواناً فلا ينفى الخيار حينئذ عن البائع كما هو مقضى القول بالتفصيل .

فهذا الخبر حسن في ردّ السيد ولا يبطل القول بالتفصيل بل يصير دليلاعلى القول بالتفصيل ، الا ان ينزّل مورد الغالب، أعني ما يكون الثمن فقط حيواناً لان الغالب في معاملات الناس جعل الحيوان مثمناً .

فعلى هذا، أي بناءاً على تنزيل الخبر مورد الغالب وان لم يكن دليلا على التفصيل ولكنه لايبطله أيضاً بل ساكت عن حال البائع اذا كان الثمن حيواناً

لخروجه عن مورد الغالب . وعلى كل حال يكفي في ابطال القول بثبوت الخيار للبائع مطلقاً كما ذهب اليه علم الهدى «قده» .

هذه جملة من الصحاح يدلّ بعضها بالصراحة وبعضها بالظهور على مقالة المشهور من نفي الخيار عن البائع مطلقاً ، سواء كان الثمن والمثمن حيوانين ، أو المثمن فقط حيواناً ، أو الثمن فقط . ولكن هذا الاطلاق ليس مطلوبهم لانه على اطلاقه مخالف لمقصودهم بل مخالف للاجماع ، اذ مقتضى الاطلاق نفي الخيارعن البائع وثبوته للمشتري في صورة الاخير أيضاً ، أعني ما لوكان الثمن وحده حيواناً مع أنه لم يلتزم أحد منهم بذلك ، فلابد من خروج هذه الصورة عن اطلاق الاخبار وتقييدها بغير هذه الصورة ، الا أن ينزّل تلك الاخبار على مورد الغالب ، أعني ما كان المثمن فقط حيواناً بل في بعضها نص في ذلك ، كالمروي عن «قرب الاسناد» عن رجل اشترى جارية، فالمشترى ـ بالفتح ـ هي الجارية ، فهذا يفسّر اطلاق سائر الاخبار ويوجب الحمل على مورد الغالب ، ولكن بناءاً على هذا التنزيل يكون الدليل أخص عن المدّعى، اذ دعوى المشهور في مقابلة السيد ثبوت الخيار للمشتري فقط ، ولو كان الثمن حيواناً أيضاً .

وهذه الاخبار بناءاً على حملها على مورد الغالب تصير من هذه الجهة مسكوتاً عنها ، فلا ينفي الخيار للبائع اذا كان الثمن حيواناً .

نعم انما يدل على نفيه عنه فيما لم يكن الثمن حيواناً ، فيبطل القول بثبوت الخيار للبائع مطلقاً، اما بكلا القسمين فلا يثبت، فبمحض الاشكال بتلك الروايات أنها ان حملت على مورد الغالب يكون الدليل أخص من المدعى الذي نسب الى المشهور ، وان بقيت على حالها واطلاقها فلم يلتزم المشهور على اطلاقها ، لعدم التزامهم على ثبوت الخيار للمشتري ولوكان الثمن فقط حيواناً .

هذا وسيتضح لك الحال في علاج ذلك ، ثم ان هنا وجوهاً واهية استدل

بها على مقالة المشهور :

أحدها : ما تمسك به بعض المشائخ ، من أنه لو كان للبائع خيار لما كان عليه ضمان ، والتالي باطل فالمقدم مثله . أما بطلان التالي : فللنص والاجماع على أن تلف الحيوان في الايام الثلاثة على البائع ، فهذا يدل على أنه لاخيار للبائع لما قرر عندهم أن التلف والضمان انما هو على من لاخيار له . أما الملازمة : فلما قرّر عندهم من القاعدة من عدم ضمان بالنسبة الى من له الخيار.

وفيه : أن الملازمة ممنوعة، لانها اما عقلية ، أو شرعية ، والاولى منتفية لانه لايمنع العقل ثبوت الضمان على من له الخيار . والثانية كذلك لان القاعدة المقررة ـ أعني عدم الضمان ـ على من له الخيار ، اما من جهة الاصل كأصالة العدم وأصالة البراءة ، أومن جهة دليل قائم على نفي الضمان بالنسبة الى من لا خيار له ، فعلى الاول : لااشكال في عدم جريان القاعدة مع قيام النص والاجماع على أن الضمان على البائع ، فيكون الادلة الدالة على ضمان البائع وارداً على الاصل الذي هو المدرك في تلك القاعدة . وعلى الثاني: فلتحمل تلك الادلة الدالة على ضمان البائع على تلك الادلة التي هي المدرك في القاعدة ، اذ عدم الضمان على من لاخيار له عام ، فيقبل التخصيص ، فحيث أن النص الوارد على ضمان البائع خاص غير قابل لتطرّق الاحتمالات الاخر ، فيكون مخصصاً لها . (فتأمل) .

وثانيها: أن الحكمة في جعل الشارع خيار الحيوان هو اختيار حال الحيوان، وهذا موجود في المشتري دون البائع .

وفيه : مع انه أخص من المدّعي لانه انما يقتضي انتفاء الخيار عن البائع فيما يكون المثمن فقط حيواناً كما هو الغالب ، انه حكمة مستنبطة لايعتمد عليها ولا يناط بها الاحكام ، لان القطعي منها منتف في المقام، والظني لايناط به الحكم.

وثالثها : صحيحة الصفّار ـ كما سيأتي ذكرها ـ ومحل الشاهد منها في

المقام قوله عليه السلام (اذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء) بتقريب أن اطلاق الحكم منه عليه السلام بوجوب الشراء يقتضي ثبوته من الجانبين وانتفاء الخيار منهما ، وقد قرّ أن تصرف أحد من ذي الخيارين مسقط لخياره خاصة دون الاخر ، والمفروض كون التصرف من أحدهما ، فيعلم من ذلك أن المراد من وجوب الشراء الاعم من الوجوب الحادث بالتصرف ـ كما هو الحال عن المشتري ـ والوجوب الثابت من جهة انتفاء الخيار رأساً كما هو الحال من البائع ، اذ اطلاق وجوب الشراء يقتضي انتفاء الخيار منهما ، سواء كان قبل التصرف أو بعده ، وحيث كان تصرف أحدهما لايوجب وجوب الشراء من جهة الاخر تعيّن من البائع أنه واجب من قبله قبل التصرف أيضاً .

وفيه : أن مقتضى ترتب الجزاء على الشرط ومقتضى ما ذكر من القاعدة المقررة من أن تصرف أحدهما لايصير سبباً للوجوب من جهة الاخر هو كون المراد من وجوب الشراء انما هو من جهة المشتري ، فيصلح ذلك لان يكون قرينة لتقييد وجوب الشراء في جانب المشتري. مضافاً الى كون اللام للعهد، وأنه مسبوق الى سؤال الراوي عن وجوب الشراء وجوازه من جانب المشتري، وأما القول بثبوت الخيار لهما كما هو المحكي عن «علم الهدى» و «ابن طاووس» وقوّاه الشهيد الثاني في «المسالك» بحسب الدليل ، فقد استدل له بوجوه :

أحدها : الاصل ، أعني استصحاب الجواز من الطرفين بعد افتراقهما عن المجلس .

وثانيها : الاجماع المنقول عن السيد .

وثالثها : الاخبار الواردة في ثبوت الخيار للمتبايعين ، كصحيح محمد بن مسلم عن الصادق عليه السلام (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام في الحيوان ، وما سوى ذلك من بيع حتى يفترقا) وصحيحته الاخرى ، عنه عليه السلام قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله :

(البيّعان بالخيار حتى يفترقا ، وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) .

حيث يدل على ثبوت الخيار لصاحب الحيوان ، كصحيحة زرارة سواء كان اتصاف المتبايعين لصاحب الحيوان قبل العقد أو بعد العقد . وهذا انما يتم على القول بأن المشتق حقيقة فيما تلبّس بالمبدأ ، سواء كان انقضى زمان التلبس كالبائع ، أو كان زمان التلبّس حال النسبة والنطق كالمشترى . وأجيب عن تلك الوجوه :

أما عن الاصل : بأنه مبني على اعتبار استصحاب الكلي الذي لانقول به في أمثال المقام ، لانه مما كان الشك في تبدل فرد بفرد آخر . فالجواز الثابت قبل التفرق من جهة خيار المجلس لايجوز اجرائه فيما بعد التفرق من جهة اثبات خيار الحيوان .

وأما عن الاجماع : فانه معارض باجماع «الغنية» و «الدروس» وبأنه موهون لانفراد السيد «قده» بذلك القول حيث لم يسبقه ـ مما علمنا ـ أحد من العلماء موافقة في هذا القول ، ولايلحقه به أيضاً عدا محتمل ابن طاووس «قده» ، ومع ذلك كيف يمكن دعوى الاجماع مع مخالفة المشهور وعدم وجدان قائل بهذا القول غيره «قده» .

وأما عن الاخبار : أما عن رواية (صاحب الحيوان) : فلوجوب حمله على المشتري اعتماداً على تقييد صاحب الحيوان بالمشتري في موثق ابن فضال ، فيكون ذلك هو المعتمد اما تفسيراً أو تخصيصاً ، بملاحظة أن بعض الاخبار يفسر بعضه بعضاً ، أو يخصص عامه بخاصه ومطلقه بمقيّده . وأما عن صحيحة محمد بن مسلم : فلمعارضتها لصحيحة ابن رئاب المحكية عن «قرب الاسناد» المصرّحة على نفي الخيار عن البائع ، ولصحاح الاخر التي سبق ذكرها .

ولاريب عدم تكافؤ الصحيحة مع تلك الصحاح على كثرتها لوجوب الاخذ على تلك الصحاح التي استدل بها المشهور بوجوه من الاعتبارات بملاحظة أنها

أكثر وموافقة للشهرة المحققة ، وقصور رواية محمد بن مسلم عن المعارضة لتطرّق احتمال كون محمد بن مسلم في تلك الرواية غير ماهو المعروف المشهور الاشتراك غيره من مجهول الحال معه في الاسم ولاحتمال ارادة الخيار فيه للمشتري وعلى البائع .

فعلى هذا يستند الخيار الى المتبايعين بأن يكون الخيار لهما على وجه كونه للمشترى وعلى البائع أو على وجه ثبوت الخيار لهما باعتبار المجموع الصادق بالمشتري خاصة .

وأيضاً لو أغمضنا عن كل ذلك وقلنا بتكافؤهما، فقد قال شيخنا العلامة «قده» في مكاسبه: أن المرجع بعد التكافؤ عموم أدلة لزوم العقد بالافتراق، والمتيقن خروج المشتري فيثبت قول المشهور ، فنفى الريب في ضعف هذا القول .

هذا والانصاف عدم استقامة تلك الاجوبة للرد عن دليل السيد « قده » فان القول بمعارضة نقل اجماعه باجماع « الغنية » مدفوع بأن اجماع « الغنية » موهون كسائر اجماعاته .

نعم نقل الاجماع في «الدروس» يصح الاعتماد عليه ، ولكنه في خصوص المقام موهون لما حكي عن الشهيد عدوله وتوقفه في ذلك ، فانه لو كان الاجماع محققاً عنه لما كان لعدوله وتوقفه عن مذهب المشهور سبيل .

وأما عدم موافقة أحد ممن سبق عن السيد ولحق عنه في ذلك القول لايجدي في جواب السيد ، لانه انما ادعى الاجماع في زمانه وليس في ذلك الزمان مخالف له وهذا يكفي في ثبوت الاجماع لكفاية تحققه في زمان عصره فيكون المخالف محجوجاً به حينئذ. وكذلك الجواب عن رواية محمد بن مسلم بابتلائه بالمعارض مدفوع بأن حديث « قرب الاسناد » وان كان أصرح بحسب الدلالة ولكنه لا يصلح للمعارضة مع رواية محمد بن مسلم ، لانه أرجح بحسب

السند كما صرحوا بترجيح روايته على غيره من الثقات فضلا عن مثل رواية « قرب الاسناد » الذي ليس بمعتمد عند الاصحاب .

وأما الصحاح الاخرفانها وان كانت مكافئة بحسب السند الأن دلالتها بحسب المفهوم ودلالة رواية محمدبن مسلم بحسب المنطوق والمفهوم لكونه أضعف لايصلح للتكافؤ مع المنطوق ولايجبر ضعف دلالة تلك الصحاح بأكثريتها، لماقرران الاظهرية في الدلالة متقدمة في باب الترجيح على الاكثرية ، فلايضر أكثرية تلك الصحاح مرجحة ،كما أنه لايمكن كون مضمونها موافقاً للشهرة الفتوائية مرجحاً أيضاًلما قرر أن الشهرة لاتصلح للترجيح خصوصاً في مقابل السيد مع دعواه الاجماع .

وأما تطرق الاحتمالات فيرواية محمدبن مسلم ممالاينبغي الاصغاء اليها لبعدها فلا يرفع اليد عن ظهور الرواية : وأماما في مطلب الشيخ بأنه بعد التكافؤ يكون المرجع عموم أدلة لزوم العقد فينتفي قول السيد .

فيه : ان المرجع بعد تكافؤ طائفتين من الاخبار وتعارضهما هو التخيير، كما يدل على ذلك أخبار التخير لا عموم أدلة اللزوم كماهو واضح . فحينئذ لا يصير جواباً عن السيد ، اذله اختيار رواية محمد بن مسلم وأخذه دون الصحاح الاخر المعارضة لها .

فالتحقيق في الجواب عنه ـ دفعاً لمقالته ـ أن يقال : أن رواية محمدبن مسلم الدالة على ثبوت الخيار للمتبايعين لها أفراد ثلاثة : أحدها : أن يكون الثمن والمثمن كلاهماحيواناً. وثانيها: أن الثمن وحده حيواناً. وثالثها:أن يكون المثمن حيواناً . فتدل باطلاقها على ثبوت الخيار للبائع فيجميع الثلاثة ، ولكن دخول الاول في مدلول اطلاقها أظهر بالنسبةالى الاخيرين . فيصير القدر المتيقن من ثبوت الخيار للبائع من تلك الصحيحة هوماكان الثمن والمثمن كلاهما حيواناً .

وأما الصحاح المذكورة الدالة على اختصاص الخيار للمشتري فدلالتها في الصورة الاخيرة ـ أعنى مالو كان المثمن وحده حيواناً ـ أظهر ، فتصير هذه الصورة

هي القدر المتيقن من تلك الصحاح .

ومن القاعدة المقررة : أن الخبرين اذا تعارضا و كان أحدهما أظهر في فرد وظاهر في فرد آخر والاخر عكس ذلك ،بأن يكون أظهر في ظاهر الاخر وظاهر في أظهره ، فمقتضى الجمع أخذ أظهريهما وطرح ظاهر كل منهما بأظهر الاخر وكذلك في المقام ،بأن يؤخذ أظهر صحيحة محمدبن مسلم ـ أعنى صورة ما كان الثمن والمثمن كلاهما حيواناً ـ ويطرح ظاهرها بأظهر الصحاح ، فيؤخذ ماهو أظهر من تلك الصحاح ـ أعنى صورة ما كان المثمن وحده حيواناً ـ و يطرح ظاهرها بأظهر الصحيحة فينتج حينئذ طرح الصورتين الاخريين من اطلاق الصحيحة بما هو القدر المتيقن من الصحاح المذكورة ، فيصير الحاصل حينئذ ثبوت الخيار للمشتري خاصة اذا كان المثمن خاصة حيواناً .

وهذا يكفي في دفع مقالة السيد «قده» والجواب عنه ، حيث أنه ذهب الى ثبوت الخيار للبائع مطلقاً في جميع الصور الثلاثة ، فيحمل الصحاح على مورد الغالب ـ أعنى ما كان المثمن حيواناً ـ و يخصص بها تلك الصحيحة لعدم جواز حملها على مورد الغالب لانه خلاف الظاهر وخلاف القدر المتيقن من اطلاقها .

هذا تمام الكلام في مقالة السيد . وأما الكلام في القول با لتفصيل بأن يكون المدار في ثبوت الخيار على الحيوانية سواء كان بائعاً أومشترياً ، فتكون العبرة بما انتقل اليه ، فان كان الذي انتقل اليه الحيوان بائعاً فله الخيار ، أو مشترياً فقط فله الخيار فقط ، أو كليهما فلهما الخيار .

والدليل على ذلك : صحيحة محمدبن مسلم (المتبايعان بالخيار ما لم يفترقا وصاحب الحيوان بالخيار ثلاثة أيام) بتقريب أن يقال : أن المشتق حقيقة فيمن تلبس بالمبدأ ، فيصدق على البائع لو كان الثمن وحده حيواناً ، و على المشترى لو كان المثمن وحده حيواناً ، وعليهما لو كانا حيوانين. ولا ينافيه تقييد صاحب

الحيوان بالمشتري في موثقة ابن فضال ، لورود التقييد مورد الغالب ، أو الغالب كون صاحب الحيوان مشترياً، فاذا ورد القيد مورد الغالب لم يكن له المفهوم ك(وربائبكم اللاتي في حجوركم). فان قلت: كما يحمل تقييد صاحب الحيوان بالمشترى ـ فى الموثقة ـ على مورد الغالب، كذلك يمكن تنزيل اطلاق صاحب الحيوان ـ الذي في صحيحة محمد بن مسلم ـ على مورد الغالب، فيكون مفاد كليهما واحداً، ويثبت قول المشهور .

قلت : ان الغلبة قد تكون بحيث توجب تنزيل التقييد عليهما ولكن لا توجب تنزيل الاطلاق عليهما لتفاوت الغلبتين ، لان الغلبة التي توجب الانصراف وحمل المطلق على الافراد الشائعة ، لابد أن تكون أقوى من الغلبة التي توجب تنزيل التقييد عليهما ، فالغلبة في المقام انما بلغت مرتبة توجب حمل التقييد عليه ولكنها لم تبلغ مرتبة توجب الانصراف حتى يوجب خروج غير الغالب عن الاطلاق .والفرق بين المقامين واضح كما هو المقـرر في الاصول ، اذ دلالة التقييد على المفهوم دلالة مفهومية ناشئة من لزوم اللغوية والعـري عن الفائدة فيسقط بمجرد الفائدة . ولو كانت من جهة الغلبة ـ بخلاف الاطلاق ـ فانه لايجوز رفع اليد عن مقتضى الوضع والاطلاق مالم تبلغ مرتبة الانصراف والظهور لابد من بلوغ الغلبة فيه دون بلوغ النقل والهجر كما لايخفى .

فحينئذ لامحيص عن وجوب أخذ اطلاق صاحب الحيوان الذي في صحيحة محمد بن مسلم ، لصحة السند وعدم مناقشة أخرى في دلالتها فيؤخذ باطلاقها مؤيداً بأمور أخر :

منها : التعبير بصاحب الحيوان فانه كما لاشكال في دلالته على نفي الخيار عن البائع والمشتري معاً كخيار المجلس ـ حسب ما اختاره السيد «قده» ـ لانه لو كان الامر كذلك لما عدل عن المتبايعين بهذا العنوان . فتعبيره عليه السلام بعد قوله : (المتبايعان بالخيار مالم يفترقا) بكلمة (صاحب الحيوان) في خيار الحيوان دليل على

أن خيار الحيوان ليس كخيار المجلس في ثبوته للبائع والمشتري .

وكذلك يدل على أن المراد به ليس هو خصوص المشتري ـ كما عليه المشهور ـ لانه لو كان المراد به المشتري خاصة لكان التعبير عنه به لغواً بلا فائدة بل موهماً لخلاف المقصود . فالعدول عن المشتري بصاحب الحيوان دليل على أن المناط هو هذا العنوان ، فهو قد يصدق على المشتري وقد يصدق على البائع وقد يصدق على كليهما .

ومنها : اسناد الحكم على هذا العنوان مشعر لكونه هو المدار والعلة في ثبوته ، فيدور مداره كقولنا (أكرم العالم) ، فان تعليق الحكم على الوصف مشعر بعليته بأخذ اشتقاقه .

ومنها : العلة المستنبطة وهي الاطلاع على حال الحيوان من الامور الخفية ، فحيث كان ذلك سبباً لتشريع الخيار فيثبت للبائع أيضاً اذا كان صاحباً للحيوان ، كما اذا كان الثمن حيواناً .

وكيف كان هذه أمور معتضدة للتمسك باطلاق صاحب الحيوان على اثبات القول بالتفصيل ، فيبعد حينئذ القول بأن المراد منه هو خصوص المشتري من جهة موثقة ابن فضال أو من جهة القول بانصراف اطلاقه على المورد الغالب ، لما عرفت من عدم صلاحية الموثقة للقرينة لفرض القيد ورود مورد الغالب ، ولعدم بلوغ الغلبة مرتبة يوجب لانصراف الاطلاق ورفع اليه عنه .

فالاقوى في النظر : هو العمل باطلاق ذلك والاخذ به ، ولعل بذلك يلتئم الجمع بين الاخبار ولاينافيه شيء من تلك الصحاح المذكورة مدركاً لمذهب المشهور ولمذهب السيد « قده » لحمل الصحاح المذكورة على مورد الغالب ـ أعني مايكون المثمن فقط حيواناً ـ وأما صحيحة محمد بن مسلم ـ أعني قوله عليه السلام (المتبايعان بالخيار) ـ فيحمل على ماكان الثمن والمثمن كلاهما حيواناً ،

فينطبق على كل منهما هذا العنوان ـ أعني عنوان صاحب الحيوان ـ وان أبيت عن ذلك كله وقلت بانصراف اطلاق صاحب الحيوان على المشتري .

فنقول : أنه يكفي في اثبات الخيار لصاحب الحيوان التمسك بصحيحة محمد بن مسلم ـ أعني (المتبايعان بالخيار ثلاثة أيام) ـ بتقريب أن يقال : أن مقتضى الجمع بينها وبين الصحاح الاخر الدالة على اختصاص الخيار للمشتري بحملها على مورد الغالب وحمل هذه الصحيحة على ما اذا كان الثمن والمثمن كلاهما حيواناً ، والقول بأنه يحتاج الى شاهد الجمع ، وهو منتف في المقام مدفوع بأنه ربما يكون الخبران المتعارضان اذا كان صدورهما قطعياً وكان لهما محمل معين يؤخذ به من دون التماس شاهد الجمع ، كما لو صدر عن الامام عليه السلام : (أكرم العلماء ولاتكرم العلماء) وكان الظاهر من الاول العدول ومن الثاني الفساق، فيحمل عليه من دون شاهد الجمع .

وكذلك في المقام ، حيث أن سند هذه الصحيحة واسناد الصحاح الاخر لا مناقشة فيها ، فبعد ما كلفنا بتعبد صدورها فلابد من الجمع بينها بحملها على المحمل المعين الظاهر منهما وهو حمل الصحاح على المورد الغالب وحمل الصحيحة على ماكان الثمن والمثمن كلاهما حيوانا ، فنقول : بعدما كان مقتضى الصحيحة ثبوت الخيار للبائع والمشتري اذا كان الثمن والمثمن كلاهما حيوانا، لااشكال في ثبوت الخيار للمشتري لكونه مشترياً وانتقل اليه الحيوان ، وأما ثبوته للبائع: فان كان من جهة عنوان كونه بائعاً فيلزم أن يكون له الخيار أيضاً وان لم يكن الثمن حيواناً ، وهو خلاف الغرض والمقصود. فانحصر القول بأن ثبوت الخيار له حينئذ من جهة عنوان كونه صاحب الحيوان ، فيتجه القول بالتفصيل ويثبت الخيار لهذا العنوان فيكون المدار على من انتقل اليه الحيوان ثمناً أو مثمناً .

فالاقوى حينئذ هو القول بالتفصيل كما قواه في «المسالك» ونسب الى الصيمري

واختاره جماعة من الفقهاء كما حكي عن «الحدائق» والكاشاني والعلامة «قده».

هذا تمام الكلام في خيار الحيوان ، والظاهر عدم الفرق بين الامة وغيرها في كون الخيار ثلاثة أيام ، لما نطقت به الاخبار بل في بعض الاخبار صراحة بذلك بل مورد حديث «قرب الاسناد» خصوص الامة ، فقال عليه السلام (الخيار لمن اشترى نظر ثلاثة أيام) ودعوى الاجماع كما عن الحلبي و « الغنية » - من كون خيار الامة مدة استبرائها - اجتهاد في مقابل النص ، وربما نسب هذا الى «المقنعة» و «النهاية» و «المراسم» . فلا أظن أن مرادهم من كون الخيار في مدة الاستبراء هو خيار الحيوان ، لعدم الدليل على ذلك ، وحكمهم بضمان البائع لعله من جهة كونها في ذلك الزمان في عرضة العيب ، فان أرادوا منه خيار الحيوان لانه يظهر في مدة استبرائها فله وجه وان كان المحكي عن «الغنية» آبياً عن ذلك ، وان أرادوا منه خيار الحيوان كما تساعد عليه عبارة «الغنية» فهو مردود عليهم بالنص والاجماع المحكي .

«مسألة»

القول في مبدأ خيار الحيوان

اختلفوا في مبدأ ذلك الخيار ، هل هو من حين العقد ، أو من حين التفرق؟ والاول منسوب الى المشهور . والثاني محكي عن ابن زهرة والشيخ والحلي «قده» . وتظهر الثمرة في ما بعد ثلاثة أيام لو لم يتفرقا عن المجلس . فان قلنا بالاول ، سقط خيار الحيوان ، فلو تفرقا عن المجلس بعد الثلاثة سقط خيار المجلس والا فخيار المجلس باق . وان قلنا بالثاني ، سقط خيار المجلس بالافتراق بعد ثلاثة أيام وثبت لهما خيار الحيوان ثلاثة أيام أخر .

وأدلة المشهور هي ظواهر الاخبار والنصوص ، لتبادر الاتصال من النصوص،

وانه كخيار المجلس في البدائة من حين العقد ، بل لو كان ابتداء ثلاثة أيام غير حين العقد والبيع لكان اطلاق هذا القول ـ أعني ثلاثة أيام للمشتري ـ قبيحاً ، للزوم تقييد الثلاثة أيام ببعد الافتراق أوبعد ساعة أو يوم ، وهكذا .

وكيف كان لااشكال ولاارتياب في ظواهر النصوص ، وهي تكفي في الحجة والاعتماد . ولكن استدل للقول الثاني بوجوه :

الاول والثاني : الاصلين ، أحدهما : وجودي ، والاخر : عدمي ، والاول : كأصالة عدم ارتفاعه بانقضائه بعد ثلاثة أيام من حين العقد فيما لم يفترقا من حين العقد ، وهو استصحاب وجودي ، لانه عبارة عن استصحاب بقاء الخيار الى انقضاء ثلاثة أيام بعد التفرق ، والثاني أصالة عدم حدوث خيار الحيوان قبل التفرق عن المجلس .

الثالث : لو كان الخيار من حين العقد لكان تأكيداً الخيار المجلسي ، ولو كان من حين التفرق لكان تأسيساً . والتأسيس أولى من التأكيد .

الرابع : لو كان خيار الحيوان قبل انقضاء المجلس أيضاً للزم اجتماع السببين في مسبب واحد .

الخامس : لزوم اجتماع المثلين .

وهذه وجوه ذكروها ، والجواب عنها واضح مضافاً الى النقض بما لو اجتمع خيار المجلس والعيب ، والرؤية في عقد واحد ـ على اعتراف الخصم ـ أما عن الاصلين فلانهما منقطعان بظواهر النصوص مضافاً الى أن الثاني منهما أصل مثبت لانقول به ، وعن الثالث : أن ثبوت الخيار بعد التفرق خلاف وضع العقد مع أن لزوم التأسيس غير لازم . وعن الرابع والخامس: بأن الخيار واحد مختلف بالاعتبار ، فلا يجتمع المثلان ، وفائدته حينئذ البقاء بأحد الاعتبارين مع سقوط الاخر وأن الاسباب الشرعية معرفات لامؤثرات، فلااستحالة في اجتماعها،

ولكن في ذلك الجواب تأمل ، اذ لو كان الخيار واحداً لكان اللازم كون خيار المجلس والحيوان سواء في الثبوت والسقوط مع أنه ليس كذلك ، وكذلك بناءاً على كون الاسباب الشرعية معرفات يكون اللازم حينئذ أن يكون السبب الواقعي واحداً ، وهو يكشف عن كون المسبب واحداً مع أنه ليس كذلك للاختلاف في السقوط والبقاء، بل الاولى أن يقال أن الخيارين مختلفان بالماهية ، فلا بأس بالتعدد .

هذا وقد أجاب واستدل شيخنا العلامة «قده» بوجه آخر لم يسبقه ممن سلف من العلماء على ما رأيناه وهو ما ثبت بالنص والاجماع : ان تلف الحيوان في الثلاثة من البائع مع ملاحظة قاعدة أخرى مجمع عليها أيضاً : أن التلف في الخيار المشترك من المشتري ومقضى الجمع بينهما أن يكون بعد الخيار من حين التفرق، اذ لو كان قبل التفرق جزءاً من الثلاثة لزم ان يكون التلف من المشتري لكون الخيار قبل التفرق خيار مشترك بينهما، مع أن الثابت بالنص ـ حسب ما سيجئى ذكره ـ أن تلف الحيوان في ثلاثة أيام من البائع، فلابد من الجمع بين القاعدتين بأن يقال بابتداء الثلاثة من حين التفرق .

ولكن أجاب عن ذلك في مكاسبه بما لا يخلو عن نظر وهو : أن أدلة التلف محمولة على الغالب بأن يكون المراد من التلف الذي على البائع التلف الذي كان بعد المجلس ، لان الغالب من تلف الحيوان كونه بعد التفرق لا حين العقد وقبل الافتراق، فيكون قاعدة كون التلف في خيار المشترك على المشتري على حالها من دون لزوم التخصيص فلا ينافي حينئذ مع كون التلف للمشتري ثبوت خيار الحيوان من ابتداء العقد بعد حمل تلفه على البائع على التلف الذي حصل فيما بعد التفرق كما هو الغالب .

وفيه : ان رفع اليد عن اطلاق النصوص التي دلت على أن التلف ـ في الثلاثة ـ

على البائع ليس أولى من الالتزام بتلك القاعدة أعني كون الخيار على المشتري في الخيار المشترك ، بل الالتزام بالعكس أولى ، لان الغلبة لم تبلغ مرتبة توجب الانصراف ورفع اليد عن الاطلاق . فبعد لزوم الاخذ بظواهر تلك النصوص واطلاقها نقول : ان تلك القاعدة انما هي من جهة الاصل ، لان الاصل : أن تلف كل مال على صاحبه ولا يعارض الاصل مع الاطلاق، فنلتزم بظواهر تلك النصوص على مخالفة الاصل ، فانها غير عزيزة ، ولو سلمنا كونها قاعدة مسلمة ناشئة من الاجماع نلتزم بتخصيصها في المقام .

فان قلت: الامر دائر بين التخصيص والتخصص، اذ لو حملت تلك النصوص على الغالب فلا يلزم تخصيص تلك القاعدة ، كما ذكره الشيخ «قده» ولاريب أن القول بالتخصيص وعدم التزام التخصص أولى مهما أمكن .

قلت : يرجع الامر ـ بالاخرة ـ بناءاً على التخصص وابقاء القاعدة على حالها الى رفع اليد عن ظواهر الاخبار التي دلّت على أن خيار الحيوان ثلاثة أيام للمشتري ، فانها ظاهرة حينئذ في كون مبدأها من حين العقد لتبادر الاتصال فيها ، ولاريب أن الالتزام بالتخصص أهون بمراتب عن الالتزام بخلاف الظاهر الذي ظهوره فوق ظهور العام في عمومه ، فان الارتكاب بمثل خلاف هذا الظاهر في غاية الوهن والركاكة كما هو واضح .

وكيف كان قال شيخنا العلامة «دام ظله» : مع ذلك في المسألة وجهان من ظهور الاخبار في كون مبدأ الثلاثة من حين العقد وأنه كخيار المجلس ومن ملاحظة تلك القاعدة المستلزمة لان يكون مبدأه بعد انقضاء التفرق . فللتأمل فيه مجال ، فتأمل .

ثم على القول المشهور فهل العبرة من حين العقد وزمان مجرد الصيغة كعقد الفضولي على القول بكون الاجازة ناقلة، أو من حين حصول الملك؟وانما عبّر

بذلك بالعقد للغلبة، وجهان بل قولان،ويدل على الاول ماذكره في خيار المجلس من جريانه في الصرف أيضاً قبل القبض،وهذا مبني على دخول الخيار في العقود الجائزة أيضاً .

وفيه : أنه لافائدة في دخول الخيار في العقود الجائزة ، لانه يصير لغواًفبعد أنهم لايقولون بدخول الخيار في العقود الجائزة كيف يمكن أنيقال بدخوله في الفضولي أو في الصرف قبل القبض .

فالتحقيق أن يقال : أن المناط في المسألة هو توجه خطاب (أوفوا بالعقود) فقد يكون توجهه على الشخص من حين العقد بمجرد الصيغة كما اذا كان المتعاقدان أصليين فيكون المبدأ من حينه وقد يكون توجهه بعد العقد من حين الملك فضوليين بناءاً على النقل ، فلو فرض كون أحدهما أصيلا والاخر فضولياً ، فبناءاً على القول بالكشف لاريب في كون العقد من قبل الاصيل لازماً يتوجه الخطاب اليه فيكون مبدأ الخيار في حقه من حين العقد وان كان من قبل الفضولي جائزاً . وأما بناءاً على النقل فان قلنا بأنه ليس يجب على الاصيل الوفاء اذا كان طرفه الاخر فضولياً فلا ريب في ثبوت الخيار بعد الاجازة لعدم توجه الخطاب قبلها ولو على الاصيل .

وأما ان قلنا بأنه يجب الوفاء على الاصيل ـ وان قلنا بأن الاجازة ناقلة أيضاً ـ فيتوجه خطاب (أوفوا) اليه ، فيدخل الخيار حين العقد، اذ الخيار انما هو يكون في عقد لازم ، والمفروض لزومه من قبله فلا مانع من مجيىء الخيار في حقه ، فالقول بأن مبدأه في زمان الملك مطلقاً ممنوع .

قال في «الجواهر»: كما أن من المعلوم ابتدائه في الفضولي من حين الاجازة بناءاً على النقل ، أما على الكشف فان كانت بعد الثلاثة سقط والا ثبت فيما بقي منها . . . الخ .

ومما ذكر يعرف أن المدار ليس على العقد ولا على الملك اذ الخيار هو السلطة على امضاء العقد وازالته ، فهذا انما يتصور فيما لو كان العقد مما يجب الوفاء به لولا الخيار فلا يتحقق فيما كان العقد جائزاً ، بل بمجرد العقد اذا كان يجب الوفاء يتحقق الخيار وان لم يحصل الملكية. ونقل شيخنا العلامة «قده» عن بعض المعاصرين ـ الظاهر أنه الفاضل التستري الشيخ اسد الله ـ أنه قال : فعلى هذا لو أسلم حيواناً وقلنا بثبوت الخيار لصاحب الحيوان وان كان بائعاً ، كان مبدأه بعد القبض . وتمثيله بما ذكر مبني على اختصاص الخيار بالحيوان المعين اذ مفروض مثاله ما لو كان الثمن حيواناً وانما مثل لذلك لانه لو كان المثمن حيواناً في السلم لكان كلياً وقد تقدم من شيخنا العلامة «قده» التردد فيه .

مسألة

هل المراد بثلاثة أيام مع لياليها الثلاثة أصالة ـ بأن تدخل الليالي في معنى الايام مجازاً أو حقيقة ـ أم لا ؟

وفيه : نوع غموض واشكال ، كما أن هذا الاشكال يجري في تحديدات الايام والشهور بل السنين ، كثلاثة ايام في الحيض ، والعشرة في المقيم ، والثلاثين في المتردد .

وتحقيق ذلك يتوقف على تنقيح معنى اليوم في وضعه الافرادي وفيما كان في الهيئة التركيبية كما كان معدودة بالاعداد ، ثم بيان حال التلفيق .

فنقول : لا اشكال في أن اليوم حقيقة : فيما بين الطلوع والغروب بأن يكون الليل خارجاً عن مفهومه . واما الاختلاف في أن بين الطلوعين داخل في مفهومه لغة أو شرعاً فلا ربط بهذا النزاع ، فلعل معنى اليوم ـ كما نشير اليه ـ له معنى واحد ، وانما الاختلاف في يوم الاجارة والتراوح والصوم انما يحصل من القرائن الحالية والمقالية .

وعلى كل حال اطلاقه في المذكورات خال عن اندراج الليل فـي مفهومه ، فلو أطلق اليوم في خصوص الليل كما ورد في بعض الادعية يصير مجازاً . وأما لو أطلق في تمام أربعة عشرين ساعة من اليوم والليل مجموعاً ، فانما يكون من باب المجاز أو من باب المشترك اللفظي ولكن القول بالاشتراك اللفظي غير معلوم، مع أن المجاز أولى من الاشتراك عند الدوران . وأما دخول الليل فيما كان مدخولا للعدد ـ لو قلنا به ـ لايخلو من الالتزام بأحد امرين : الوضع الجديد في الهيئة التركيبية أو من باب كون الهيئة التركيبية قرينة صارفة أو معيّنة ان قلنا بالاشتراك .

وكيف كان فـي مثل المقام ـ أعني ثبوت الخيار للمشتري ثلاثة أيام ، فيه قولان :

أحدهما : خروج الليالي عن مفهومها، فليس داخلا فيه لاحقيقة ولامجازاً، وانما يدخل الليل كالليلتين المتوسطين من جهة ظهور المقام في الاستمرار، فان الخيار حين ما تحقق مستمر من ابتدائه الى غايته الشرعية .

وثانيها : دخولها في مفهومها بأن يكون جـزء للمستعمل فيه فتظهر الثمرة في الليلة الثالثة .

وعلى الاول ليس في الليلة الثالثة خيار ، لانه انما يستدام في الايام الثلاثة والمفروض أنها قد انقضت بغروب اليوم الثالث .

وعلى الثاني ، تدخل تلك الليلة الثالثة أيضاً فيبقى الخيار فيها أيضاً والا لزم تخلف مفردات الجمع في استعمال واحد وهو لايجوز الا على القول باستعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد كما هو المحكي عن صاحب «المعالم» في الغلبة والجمع. وربما استدل للقول الثاني بوجهين :

أحدهما : أن يقال: بثبوت الوضع الجديد لهذا التركيب وأمثاله ،كما قيل في المفرد المحلى باللام ، فان اليوم وان كان موضوعاً في حال الانفراد لما خارج

الليل ، الا أنه في مثل ثلاثة أيام وأشباهها وضع أيضاً في مجموع اليوم والليلة، فيكـون للهيئة التركيبيّة معنيان وظهور العدد في دخول الليل قرينة معيّنة في المقام .

وثانيهما : أنه مستعمل في الهيئة التركيبية في تمام أربعة وعشرين ولكـن على سبيل المجاز ، فالقرينة حينئذ قرينة صارفة لوقلنا بأن اليوم ليس بموضوع لليل في حال الافراد ولافي حال التركيب وأما بناءاً على التزام وضعه في حال الافراد مع الليلية أيضاً ، فتكون القرينة معيّنة .

ولكن هذا القول ليس بمقبول عندمشائخنا . والاستدلال بماذكر أيضاً ليس بتمام لانه انما هـو في مقابل أصالة عدم الاشتراك وأصالة عدم التجوّز ، وظهور الهيئة التركيبية في دخول الليل ليس من جهة استعمال الايام في لياليها أيضاًحتى يكـون من قبيل المجاز أو الاشتراك فلا يصلح ذلك الظهور للقرينة المعينـة ولا الصارفة ، بل الظهور انما هـو ناش مـن استمرار الخيار المستفاد من الخارج ، حيث أن من المعلوم في الشرع ان العقد لم يكن في ساعة لازماً وفي ساعة اخرى جائزاً لسبب خيار الحيوان . بل انما الثابت هوتقرر الخيار من ابتداء العقد الى انقضاء ثلاثة أيام، فدخول الليلتين المتوسطتين ليس من جهة دخولها في مفهومه كما أن دخول الليلة الاولى اذا وقع العقد في أولها أو وسطها ليس من جهة ذلك، بل من جهة تبادر اتصال الخيار مع العقد كما هو واضح .

وأما الكلام في التلفيق كما لو وقع العقد في أثناء النهار ، فهل يحتسب ذلك اليوم الذي وقع العقد في أثنائه يوماً ويضاف اليه يومان آخران مطلقاً أو فيما مضى منه بقدر ما يتسامح عرفاً أو لايحتسب ذلك أصلا ، بل لابد من مضي ثلاثة أيام كاملة بعد ذلك أو يلفّق بأن يحتسب مقدار الباقي منه ومقدار الفائت من اليوم الرابع أو من ليلته؟ وجوه واحتمالات خمسة، والاول منها لم نجد له قائلا وان

ذكره بعض احتمالا في المسألة ووجهه صدق اليوم عليه عرفاً ، سواء مضى منه قدر يسير يتسامح عرفاً أم لا .

وفيه : أن اليوم ظاهر في اليوم الكامل التام ونصف اليوم أو ثلثه أو بعضه ليس بيوم ، أما فيما لايتسامح بأن مضى من اليوم أكثر من الثاني فواضح، وأما فيما يتسامح فانه وان صدق عليه اليوم عرفاً ، الا أن التحديدات الشرعية مبنية على التحقيق والتدقيق ولاينزل على متفاهم العرف من التسامح والتقريب .

ولاشك أن اليوم الذي مضى منه ساعة أو نصف ساعة بل دقائق ليس بيوم كامل تحقيقاً ، بل انما هو يوم تقريبي عرفي وحمل الايام التي وردت في مقام التحديد على هذا خلاف ما هو المنساق والمتبادر من التحديد .

وأما وجه الاحتمال الثالث كما اختاره صاحب «الجواهر» في هذا المقام ظهور اليوم في تمام بين الطلوع والغروب متصلا لايصدق على الملفّق من يومين كنصف يوم مع نصف يوم آخر ، أو نصف ليلة يوماً . فالظاهر من قوله (فاذا مضت ثلاثة أيام فقد وجب البيع)، هو مضي ثلاثة بياضات كاملة، وأما وجه التلفيق هوظهور التحديد فيأنالمراد منمدة الخيار المقدار المساوي للنهارات الثلاث سواء كان ذلك المقدار ملفقاً من اليوم الاول واليوم الرابع أم لا ؟

وكيف كان بعد عدم مجيء الاحتمالات الاخر وبعدها وعدم القول بها دار الامر بين هذين الاحتمالين ، من الاخذ بظهور اليوم وارادة البياضات الكاملة من ثلاثة أيام ــ كما هومختار صاحب«الجواهر» ــ أو الاخذ بظهور التحديد والعمل بالتلفيق ــ كما هو مختار شيخنا العلامة «قده» ومذهب الاكثر ــ وببعد الاحتمال الاول بأنه لو قلنا به ــ كما في«الجواهر» ــ لزم ثبوت الخيار أكثر من ثلاثة أيام، اذ المفروض ثبوت الخيار من حين العقد ، وهو نصف اليوم الاول مثلا وهذا كما ترى خلاف ظاهر التحديد .

ويبعد ـ الاحتمال ـ الثاني : أن لازم القول بمقدار الايام الثلاثة : التلفيق من الليل ، لان مقتضى كون المراد من اليوم مقداره من حركة الفلك عدم الفرق بين التلفيق من الليل أو من النهار ، مع أن مقتضاه انقضاء الخيار بآخر الليلة التالية لو أوقع العقد في أول الليل بل وأول النهار لانقضاء مقدار ثلاثة أيام من حركة الفلك ، مع أنه لم يقل به أحد .

وبالجملة الامر دائر بين الاخذ بأحد الظهورين ورفع اليد عن الاخر ، فان لفظ الايام ظاهر في الايام التامة والبياض المتصل ، وأما البياض الملفّق فليس بيوم حقيقة فالاخذ بظهوره يوجب رفع اليد عن ظهور التحديد ، فان التحديد بالثلاثة ظاهر في عدم ثبوت الخيار في الزائد عن الثلاثة .

فلو قلنا بظهور اليوم ـ أي البياض المتصل ـ لزم ثبوت الخيار في أكثر من الثلاثة اذا وقع العقد في نصف من النهار، فيكون الخيار في مدة ثلاثة أيام ونصف وهو خلاف مقتضى التحديد بالثلاثة . وان أخذنا بظهور التحديد فمقتضاه رفع اليد عن ظاهر اليوم ، فارتكاب أحد المجازين لازم فلابد من ملاحظة الترجيح . فكلما كان أحدهما أهون من الاخر فهو أولى بالارتكاب .

فنقول : ان الانصاف أن التحديد أظهر من لفظ اليوم، وارتكاب التجوز في اليوم أهون من ارتكاب خلاف الظاهر في التحديد ، لكثرة استعمال اليوم في الملفق وتوسع استعمالاته في الاخبار والادعية كما لايخفى ، فارتكاب التجوز فيه أقرب .

فحينئذ يتعين الاخذ بظهور التحديد ، ومقتضاه كون الخيار في ثلاثة أيام لاأكثر ، فظهر من ذلك بطلان القول بعدم التلفيق حيث اختاره في «الجواهر» في المقام ، مع أن مختاره «قده» في غير المقام ـ من الحيض والاقامة ـ هو التلفيق مع أن جميع ذلك من واد واحد ، وظهر أيضاً بطلان التلفيق من الليل أيضاً ،

فان مقتضى التحديد ثبوت الخيار في ثلاثة أيام .

فلو قلنا بالتلفيق من الليل لزم ثبوت الخيار في أقل من ذلك . فالاقوى حينئذ هو القول بالتلفيق تبعاً لشيخنا العلامة «قده» وجماعة من الفحول من غير فرق بين المقام وبين باب الحيض والاقامة وغيرهما من أبواب الفقه. وكذلك الامر لو كان التحديد بالاشهر ، كعدة الوفاة مثلا، فانه بعد ملاحظة عدم وقوع ذلك في الاول الحقيقي من الشهر بل الغالب وقوعه في الاثناء لابد أن يكون المراد مقدار الشهر ، اذا أريد منه الشهر التام لزم الزيادة على الاشهر المذكورة وهو خلاف التحديد ، فلابد أن يكون مقداره فيحسب من الشهر السادس في عدة الوفاة مقدار ما فات من الشهر الاول كما لايخفى .

وهنا امور لابد من التنبيه عليها

الامر الاول : أنه لو قلنا بالتلفيق على الوجه المذكور يبقى حينئذ اشكال في استعمال اليوم لليوم التلفيقي واليوم الحقيقي ، فيلزم استعمال اللفظ في المعنى الحقيقي والمجازي في اطلاق واحد . وأجيب عن ذلك بوجوه :

(الاول) : أن المراد من اليوم مقداره ، فهو مستعمل في نفس المقدار سواء كان ذلك منطبقاً في يوم واحد أو في يومين ، فيصدق على اليوم المستمر والملفّق.

فيه : أن مقدار اليوم يختلف باختلاف الايام بالزيادة والنقصان ولايكاد ان يصح التدر المشترك بين الاقل والاكثر. نعم لو كان القدر المشترك مفهوماً كلياً اختلفت مصاديقه بالزيادة والنقصان لكان متعقلا ولكن نفس المقدار بين الاقل والاكثر كونه قدراً مشتركاً بينهما ومراداً من اللفظ لايصح لما قرر في محله أن المشترك بين الاقل والاكثر لايتعقل . كما هو واضح .

(الثاني) : ما ذكره شيخنا العلامة « قده » في كتاب « صلاة المسافر »

من أن المراد من اليوم ما بين الطلوع والغروب .

وفيه : أن ذلك لايوجب التلفيق ، لظهوره في البياض المتصل ، فنصف من اليوم ونصف آخر من يوم آخر ليس بين الطلوع والغروب .

(الثالث) أن يقال : أن اليوم هنا عبارة عن البياض المتصل كما بين الطلوع والغروب والبياض الملفق من يومين أحدهما معنى حقيقي والاخر معنى مجازي . وغاية ما في الباب : لزوم استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد وهو جائز في الثلاثة والجميع ، كما ذهب اليه جماعة منهم صاحب «المعالم» .

وفيه : أن لازم ذلك أن يكون مورد الرواية فيما كانت الايام الثلاثة ملفقة من يومين كاملين ويوم ملفق ، وأما اذا كانت الايام الثلاثة كلها مستمرة ، بأن أوقع العقد من أول الفجر ، بحيث لايحتاج الى التلفيق يكون خارجاً عن تحت الرواية . فيقتضي عدم ثبوت الخيار في هذه الثلاثة حينئذ وهو كما ترى .

فالاولى في الجواب أن يقال : أن اليوم عبارة عن البياض الواقع بين الطلوع والغروب مطلقاً مجازاً، أي من غير الاتصال فيه فيصدق على اليوم التلفيقي حينئذ ، فلابد حينئذ أن يحتسب مقدار ما مضى من يوم العقد من اليوم الرابع لامن ليلته حتى تصدق البياضات. غاية الامر كان الاتصال في هذا المعنى ملغى فيكون من قبيل استعمال اللفظ الموضوع في المقيد على المطلق .

وأولى من ذلك أن يقال : أن المراد من اليوم هو مفهوم مقداره لامصداقه حتى يقال القدر المشترك بين الاقل والاكثر غير متعقل بل مفهوم المقدار بين الطلوع والغروب أمر مستقل ومفهوم ذهني استعمل اللفظ فيه وله مصاديق من الاقل والاكثر ولاضير في ذلك ولايلزم استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد .

الامر الثاني: أن المراد من اليوم هل هو بين طلوع الفجر والغروب أوطلوع الشمس الى الغروب . ولاريب في استعماله لغة في كل واحد من الامرين كما

لايخفى على من لاحظ كتب اللغة شرعاً وعرفاً كيوم الصوم والاجارة . وحينئذ فلا يخلو اما أن يكون حقيقة في كل منهما اما على وجه الاشتراك المعنوي أو اللفظي أويكون حقيقة في أحدهما ، ومجازاً في الاخر . وما حكي عن بعض أهل اللغة ــ من كونه حقيقة فيما بين طلوع الفجر الى الغروب ومجاز فيما بين طلوع الشمس كما حكي ذلك عن « مجمع البحرين » ــ فليس بحجة لانه من درايته واجتهاده .

فنقول : أن اللفظ من حيث هو وان كان محتملا للامور الثلاثة الا أنه بلحاظ كثرة استعماله فيما بين طلوع الفجر الى الغروب ، وشيوع ذلك وعلته لغةوشرعاً وعرفاً يكون اللفظ منصرفاً الى ذلك عند الاطلاق أما على فرض الاشتراك المعنوى بناءاً على تسليم القدر الجامع بين الاقل والاكثر أو الغض عن ذلك الاشكال فيكون من باب انصراف الكلي الى أحد أفراده .

وأما ان قلنا بالاشتراك اللفظي ، فيكون من باب أن الشهرة قرينة معينة لارادة ذلك . وأما على الحقيقة والمجاز ، فان قلنا بأنه حقيقة فيما بين طلوع الفجر الى الغروب ، فيتعين الحمل على ذلك بلا اشكال . وان قلنا عكس ذلك ، فيقع التعارض بين أصالة الحقيقة وقرينة الشهرة لما عرفت من شهرة الاستعمال في ذلك ، فيوجب ذلك التوقف والاجمال ، فلابد حينئذ من الرجوع الى ما تقتضيه الاصول . ولاريب أن مقتضى الاصل ــ أي استصحاب الخيار ــ هو حمله على ما بين طلوع الفجر الى الغروب فيما لو أوقع العقد عند طلوع الشمس ، فعلى تقدير أن اليوم عبارة عن طلوع الشمس فينتفي الخيار عند غروب اليوم الثالث . وأما على تقدير كونه عبارة عن طلوع الفجر فلابد من اكماله من اليوم الرابع فيدخل الليل تبعاً ، وبين الطلوعين أصالة ، فعند الشك لاريب أن مقتضى الاستصحاب الثاني كما هو الحال في المقام وأشباهه في نظائره .

الامر الثالث : في أنه ما المراد من التلفيق ، وأي مقدار يلفق من اليوم الاخير ، لاختلاف الايام زيادة ونقصاناً ، وهذا وان كان لايثمر في خصوص المقام لعدم الاختلاف في الثلاثة الا يسيراً بحيث يلحق باليوم ، ولكنه يثمر في بيع السلم عند الاجال البعيدة لاختلاف الايام باختلاف الفصول زيادة ونقيصة فتكميل اليوم الاول من الاخير يمكن على وجه . فنقول : قد ذكروا لذلك وجوهاً .

(الاول) ملاحظة ساعات اليوم الفائت فيكمل من اليوم الاخير بذلك المقدار من الساعات .

(الثاني) أن ملاحظة النسبة والكسور فيؤخذ من اليوم الرابع بتلك النسبة ، فلو مضى من اليوم الاول مقدار الثلث فيؤخذ من اليوم الاخير بهذه النسبة .

(الثالث) التكميل بمقدار مسافة ظل الشمس ، فاذا مضى مثلا مقدار ذراعين يؤخذ ذلك المقدار من مسير يوم الاخر . والفرق بينه وبين الكسور واضح ، لاختلاف دائرة مسير الشمس في أيام القصيرة والطوال ، فربما كان المسير بمقدار أربعة أذرع مثلا ممايحاذي ربع مسير الشمس في النهار في الايام القصيرة ولايحاذي السدس مثلا في الايام الطويلة كما لايخفى . وحيث كان المراد من المقدار مجملا دائراً بين الامور المذكورة تعين الرجوع الى ماتقتضيه الاصول أيضاً . ولاريب أن مقتضى الاستصحاب هو اعتبار الازيد ، ويختلف ذلك حينئذ باختلاف الفصول كما لايخفى .

والتحقيق أن يقال : أن الوجه الاخير راجع الى الاول ، فيدور الامر بين احتمال الساعة وملاحظة الكسور والنسبة . ولاريب أنه لامعنى للثاني ، لان المركب منهما مخالف لمقدار كل واحد من اليومين ، فليس هو مقدار اليوم الذي وقع فيه العقد ولا مقدار اليوم الاخير . نعم هو منطبق على مقدار يوم ما ، من أحد الفصول وهو خلاف ظاهر لفظ اليوم .

فان المراد منه بعد اعتبار التلفيق هو مقدار اليوم الذي هو فيه أو مقدار اليوم الاخير، فاذا بطل هذا الاحتمال تعين أن يكون المراد من التلفيق هو تكميل اليوم الاول من اليوم الاخير بمقدار مامضى منه من الساعات، فيؤخذ من اليوم الاخير مقدار ما مضى من اليوم الاول من الساعات.

ومن ذلك يظهر حال التلفيق الشهري أيضاً، كما ذكره في طلاق «الجواهر» فراجع، حيث ذكر فيه أقوالا.

ولايخفى أن الاقوى هو تكميل مامضى من عدد الايام من الشهر الاخير، فلو مضى من الشهر نصفه وكان الشهر ناقصاً فيؤخذ من الشهر الاخر بمقدار مامضى من الاول بعدد الايام، ولازمه احتساب الشهر الاول هلالياً لا اكماله ثلاثين يوماً، لان ذلك هو لازم التلفيق بعدد أيام مامضى ونقص من الشهر الاول.

نعم ربما يلزم من الاخذ بعدد الايام الفائتة صدق الزيادة كما لو كان الحد شهرين مثلا وبقي من الشهر يوم واحد وكان هذا الشهر تاماً والشهر الثالث ناقصاً، فلو جبر الشهر الاول بعدد الايام الفائتة منه ـ وهو تسعة وعشرون يوماً ـ لزم الاخذ بتمام الشهر الثالث فيلزم صدق الزيادة عن الشهرين، لان المجموع حينئذ شهران ويوم، وهو اليوم الباقي من الشهر الاول، ففي هذا الفرض وجب تكميل الشهر الثالث بتلفيق ذلك اليوم معه وجعلها شهراً واحداً عدد أيامه تسعة وعشرون يوماً لا العكس، وهو تلفيق الشهر الثالث مع الاول بجعلهما شهراً واحداً تساوي أيامه أيام الاول وهو ثلاثون يوماً، ولازمه طرح يوم من الشهر الثالث بدل مابقي من الشهر الاول وحذراً عن صدق الزيادة. (فتدبر جيداً).

الكلام في مسقطات هذا الخيار

وهي أمور:

منها: اشتراط سقوطه في ضمن العقد، ومنها: اسقاطه بعد العقد، وقد مضى

الكلام فيهما في خيار المجلس فلا نعيد . ومنها : التصرف ، لااشكال ولاخلاف في كونه مسقطاً لهذا الخيار في الجملة ، وانما الكلام في أنه مسقط مطلقاً تعبداً، أو شرط دلالته على الرضا قطعاً أوظنياً ، نوعاً أوشخصاً ، فيدور مدار كشفه عن الرضا قطعاً أو ظناً على أحد الوجهين .

وبعبارة أخرى : المسقط هو نفس التصرف على وجه السببية والموضوعية وان لم يكن كاشفاً أصلا ، بل ولو علم عدم رضائه بالالتزام أوالتصرف الكاشف عن الرضا بالالتزام ، فيكون اعتباره من باب الطريقية. وعلى الثاني : فالمدار على كشفه عن الرضا قطعاً فيقتصر على ما علم اقترانه بالرضا والالتزام أو يكفي كونه كاشفاً ظنياً ، وعلى الثاني فهل يدور مدار الظن الشخصي أو يكفي كونه كاشفاً نوعاً وان لم يفد الظن فعلا ما لم يعلم بالخلاف .

وتنقيح هذا المقام يستدعي بيان مقامات ثلاثة، الاول: في بيان أقسام التصرف وتشخيص محل الخلاف فيه ونقل الاقوال . الثاني: في الادلة . الثالث في كلمات الاصحاب .

وأما اقسامه : فنقول : التصرف على أقسام خمسة ، لانها اماأن يكون كاشفاً عن الرضا والالتزام بالعقد قطعاً، أو كاشفاً عنه ظنياً فعلياً ، أو كاشفاً عنه نوعاً ، أو مشكوك الحال، أو يكون مع القطع بالعدم. وقد يقسم بتقسيم آخر ، وهواما يكون ناقلا كالبيع والصلح ونحوهما أولا واما أن يكون مغيراً الصورة كالطحن في الحنطة والشعير مثلا أو لا كالركوب في الدابة مثلا .

وقد يدعى الاجماع على أن التصرف الناقل مسقط للخيار تعبداً وأن لم يكشف عن الرضا بل لو علم عدم التزامه بالعقد وتشبثه بالخيار . ولو تم ذلك ثبت القول بالتعبد مطلقاً اذ لا فرق بين التصرف الناقل وغيره حينئذ ، فان كان الاول سبباً للسقوط تعبداً لا من جهة كشفه، كشف ذلك على أن المدار على نفس التصرف ناقلا كان أو

لا ، الا أن الكلام في تمامية الاجماع بل انما يتم لو اقتصر في التصرف الناقل بما لم يقطع معه عدم الرضا بالالتزام فحينئذ يكون* التصرف الناقل كاشفاً نوعياً حينئذ اذ لا عبرة بالكشف النوعي مع القطع بالخلاف .

وفيما عدا الاخيرين لااشكال في كونه مسقطاً للخيار حتى اذا كان كاشفاً عنه نوعاً أيضاً . حتى أن الاردبيلي «قده» ليس بمخالف في ذلك ، بل صريح كلامه ـ في مقام الرد على المحقق الثاني ـ هو سقوط الخيار بمثل اللمس والنظر الى ما يحرم النظر اليه ونحو ذلك بل مع القطع بعدم الرضا أيضاً ، حيث قال: قال بعض المحققين : المراد بالتصرف المسقط للخيار هو ما يكون المقصود منه التملك لا الاختيار ولاحفظ المبيع كالركوب لسقي الدابة . وفيه تأمل لان ظاهر الروايات أعم من ذلك ، فأن ظاهر هذا الكلام أنه : اذا تصرف فيه لالغرض بل للعب واللهو ، أو يكون الغرض غير التمليك لايكون مسقطاً . والرواية بخلافها. انتهى .

فان هذه العبارة صريحة في السقوط بالتصرف اذا كان عن لهو ولعب الا أنه يقول بذلك في نحو أمور مذكورة ، وأما المناقشة في مكاتبة «الصفار » من اجمال لفظ الحديث فيها وما ذكره في صحيحة علي بن رئاب من اختصاصها بالاماء والتصرفات المخصوصة فهو كلام آخر ستعرف حاله . فالمقصود أنه يقول بسقوط الخيار بمجرد التصرف ولو كان من لعب ولهو .

وبالجملة ما دل من التصرفات على الرضا نوعاً فلا اشكال في كونه مسقطاً ، بل لا خلاف في ذلك ، ولذا قال الفاضل في « المستند » بسقوط الخيار باحداث الحدث المغير كأخذ الحافر والنعل ونحو ذلك ، أوكان مما لا يليق الا بالمالك مستقراً كاللمس والنظر والقبلة ونحو ذلك تمسكاً بالرواية وأما غير ذلك فيدور مدار الرضا حيث انه في نحو المغير وما لا يجوز لغير المالك لا يقول بدورانه مدار

الرضا الفعلي لكونه أمارة نوعاً. وأما في غيره فيدور مدار الرضا لعدم كونه أمارة في نفسه .

وبالجملة لا اشكال في ذلك وانما الأشكال والخلاف في القسمين الاخيرين ـ أى المشكوك والمقطوع العدم ـ فالقائل بالتعبد يقول بالسقوط في هذين أيضاً . وخالف في ذلك جماعة كالمحقق الثاني فقالوا بعدم كونه مسقطاً حينئذ .

وبالجملة الاقوال في المسألة ـ أي في كون التصرف مسقطاً لخيار الحيوان ـ ثلاثة :

أحدها : قول بسقوطه بمجرد التصرف تعبداً ولو مع العلم بالخلاف وعدم الرضا بأن يكون التصرف سبباً شرعياً جعليا بسقوط الخيار فيدور مداره .

وثانيها : قول بدورانه مدار الرضا، فيكون المسقط منه ماكان كاشفاً فعلا عن الرضا وهو صريح كلام الفاضل في «المستند» حيث صرح في التصرف الغير المغير بدورانه مدار الرضا فلا يكون مشكوك الحال مسقطاً فضلا عن معلوم العدم .

وثالثها : قول بدورانه مدار الظن النوعي ـ أي أن المسقط ماكان له جهة أمارة على الرضا وان لم يكن دالا عليه فعلا ـ فيكون في صورة الشك مسقطاً ايضاً لكونه أمارة الا اذا علم بالخلاف ، فلا يكون مسقطاً ، لعدم كونه أمارة حينئذ . وقد ذهب اليه جماعة من المحققين ، منهم شيخنا الاستاذ العلامة «قده» .وذهب الى ذلك المحقق الاردبيلي والنراقي والمحقق الورع الشيخ علي. أما الاول فلايراده على المحقق الثاني حيث جعل المدار على التصرف الكاشف فقال: لازمه عدم كون التصرف ـ لاعباً ـ مسقطاً للخيار ، والصحيحة بخلافه حيث جعل الركوب مسقطاً سواء كان كاشفاً عن الرضا أو كان لاعباً . نعم يظهر من آخر كلامه : الاقتصار في ذلك القول على الموارد التي ذكر في النص من دون التعدي الى ما عداه من التصرفات . وكذلك الفاضل في «المستند» في حصر التصرفات المغيرة دون غيرها حيث قال

بالتعبد والسببية في الاول دون الثاني .

وكذلك الشيخ علي في خصوص التصرف الناقل بأنه «مسقط مطلقاً بلا خلاف وان علم عدم دلالته على الرضا وفي غيره ذكر فيه وجوهاً ثلاثة .

وقد حكي ذكر الاحتمالات المذكورة الشيخ الورع في كتابه في شرحه على «اللمعة» ماملخصه ـ مع توضيح منا ـ هو : أنه قد ثبت بالتتبع والاستقراء أن كل مقام اعتبر فيه ظاهر الاقوال كذلك اعتبر فيه ظاهر الافعال أيضاً في الخيارات ، وكما أن الاقوال مسقط كذلك الافعال أيضاً .

وذلك لانه هذه القاعدة غير بينة ولا مبينة ولم يقم عليها دليل من عقل أو نقل أو اجماع أو غيره ، بل باعتبار أن المدار في المقام على الدلالة على الرضا كما هو الظاهر من فحاوى روايات باب الخيار ، حتى ورد في بعضها : أن العرض على البيع اسقاط ، وحينئذ يكون التصرف ـ من حيث هو مع حصول العلم والظن به بالرضا بالسقوط لا مع الشك ـ مسقطاً على وفق القاعدة . فيجري في جميع الخيارات ، ولا يختص بما ذكره الفقهاء من التصرف ، بل المدار على فهم الرضا كيف ما اتفق فلا يكون مسقطاً اذا كان معارضاً بما هو أقوى ، دالا على عدم الاسقاط ولا تأثير للدال مع العلم بعدم الارادة بظاهره أو الشك في ذلك .

ثم قال : الا أن ظاهر الاصحاب في التصرف أنه مسقط مع النص على عدم الرضا وعدمه ، وهو ظاهر الروايات في خيار الحيوان بل صريحها فينبغي الاقتصار في السقوط على عدم الرضا في خصوص خيار الحيوان ، وان قام اجماع فيما عداه قيل به وكذا خيار العيب لان ظاهر الروايات فيه ذلك .

ثم أشار الى القول الثالث ، فقال : وربما ظهر من الاصحاب أن الحكم بالسقوط ـ في التصرف مطلقاً ـ انما هو لدلالته على الرضا ظاهر ، فمع الشك للمعارض يحكم بظاهره شرعاً ، فيكون كالقاعدة يتمسك بها دائماً الا حيث يعلم

عدم الرضا فعلا وتقديراً أو الاول فقط. ويختلفان في صورة الجهل .

ثم قال بعد ذلك ـ في مقام بيان مختاره ـ : على كل واحد من هذه الوجوه في التصرف يمكن حمل الصحيحة ، وربما يقال: أن الوجه الثاني أظهر الوجوه. ثم أخذ في الاستدلال لذلك بظاهر رواية علي بن رئاب بتقريب نتعرض اليه في المقام الثاني انشاء الله .

فقدظهر من جميع ذلك ماهو محل الكلام في المسألة، والوجوه والاحتمالات بل الاقوال فيه .

أما المقام الثاني : في بيان ما هو الظاهر من الادلة والاخبار وان المستفاد منها أي وجه من هذه الوجوه ـ أي القول بالتعبد الصرف ـ أو الكشف الفعلي أو النوعي ، ثم على تقدير ثبوت التعبد واستفادة ذلك من الاخبار هل مطلق أو مخصوص بتصرف خاص ؟ فلابد من التنبيه على ذلك أيضاً .

فنقول بعونه تعالى : لااشكال أن مقتضى قول الصادق عليه السلام في صحيحة علي ابن رئاب(فان أحدث المشتري فيما اشترى حدثاً قبل الثلاثة أيام ، فذلك رضى منه . ولاشرط له) وكذا مكاتبة الصفار حيث وقع في الجواب : (اذا أحدث فيها حدثاً فقد وجب الشراء انشاءالله تعالى) وغير ذلك من الاخبار الاخر هو سقوط الخيار بمجرد التصرف واحداث ، من غيرفرق بين أن يكون للاختيار أو لغيره كاشفاً عن الرضا أم لا، وقع ذلك مع العلم أو الجهل أو الغفلة والنسيان . كل ذلك لصدق الحدث، فيكون مقتضاه سقوط الخيار بمجرد التصرف تعبداً حتى مع العلم بالخلاف .

وهذا مما لايقبل الانكار بل لم ينكر أحد، بل المحقق الاردبيلي «قده» صرح بذلك أيضاً وسلم عمومه من هذه الجهة حيث قال بعد نقل مكاتبة الصفار : هذه وانكانت دالة بظاهرها على أن كل حدث مسقط للخيار الا أن الحدث مجمل ويمكن

أن يكون كل ما هو عيب مسقط . الخ .

فان صريحه حسبما ترى تسليم ظهوره في سقوطه بمجرد الحدث الا أنه ناقش فيه من جهة اجمال الحديث، فحينئذ فنقول: أن مقتضى ظاهر الروايتين ـ حسبما اعترف الجل بل الكل ـ هو سقوط الخيار بمطلق الحدث مطلقاً من غير فرق بين أن يكون كاشفاً فعلا أو نوعاً أو لم يكن كاشفاً أصلا ، بل وقع العلم بالخلاف حسبما لايخفى . ولكن قد يناقش في عموم ذلك بوجوه :

(الاول) ما في «مجمع البرهان» باجمال لفظ الحديث من حيث هو لاحتمال أن يكون المراد منه العيب أو كلما يعد تصرفاً ، فيكون لفظ الحديث مجملا ، فيسقط عن درجة التمسك بها .

وفيه : أولا يمنع الاجمال في لفظ الحديث من حيث ذاته ، وثانياً : سلمنا اجماله ذاتاً ، الا أنه يرتفع الاجمال بعد تفسير الامام عليه السلام ، حيث سأل عنه وقيل له : وما الحدث ؟ قال عليه السلام: ان لامس أو نظر الى ماكان محرماً عليه قبل الشراء. اذ من الواضح أنه لاخصوصية للامور المذكورة في صدق الحديث ، فيعلم منه انما هو القدر الجامع بين هذه الامور وهو الحدث المسقط الذي حكم بكونه مسقطاً لخيار الحيوان ، وهو التصرف المتوقف على الملك أو على اذن المالك سواء كان في الامة أو في غيرها ، غايته أن الامام عليه السلام مثّل بذلك من باب الايضاح لظهور توقفها على الملك .

وأيضاً لااختصاص للامور المذكورة، بل ما ذكر من باب المثال ومن باب بيان أن المراد من الحدث المسقط هو ما كان من هذا القبيل ، أي ما يتوقف على الملك أو اذن المالك فلا وجه مما ذكره المحقق الاردبيلى «قده» من اختصاص ذلك بالامور المذكورة وبالاماء ، فلا يجري في غيرها وفي غير الاماء حسبما عرفت .

فالتصرف الذي علم من ذلك كونه مسقطاً هو الذي يتوقف علـى الملك أو على اذن المالك . وأما التصرف الذي لايتوقف على الملك ولا على الاذن مـن المالك ، بل كان معلوماً رضائه بذلك من شاهد حال ونحوه ، فلا اشكال في عدم كونه مسقطاً كربط الدابة وتعليفها وحفظها ونحو ذلك ، فانه معلوم رضائه بذلك فلا وجه لسقوط الخيار بذلك بعد تفسير الحدث المسقط بنحو الامور المذكورة مما كان موقوفاً على الملك أو اذن المالك، فيكون المسقط منحصراً بذلك فلاوجه لاسقاط غيره مع اختصاص الدليل به .

مضافاً الى أن الاعتبار أيضاً يقتضي ذلك ، لان مـن عليه الخيار حيث كان متشبثاً بالملك جعل الشارع هذا التشبث بالملك كالملك الحقيقي من باب الارفاق لئلا يكون علـى تقدير الرجوع تصرفاته على نحو ينافـي ملكيته فنزل الشارع ملكية انشائية منزلة الملك الفعلي ومنعه من التصرف .

ولاريب أن هذا المنع من التصرف من باب الارفاق بالبائع، فيكون المنع حينئذ مخصوصاً بما اذا كان التصرف منافياً للارفاق بأن كان على غير اذنه . واما اذا كان التصرف في العين هو عين الارفاق بالملك لحفظ ماله وتوجه دابته فلا وجه لمنعه عن ذلك ولكونه مسقطاً .حسبما لايخفى .

وبالجملة التصرفات التي متوقف على اذن المالك هي مسقطة للخيار دون غيرها من غير فرق بين كونه كاشفاً فعلا أو نوعاً ، حتى مع العلم بالخلاف أيضاً مـن غير فرق بين الاماء وغيرها ومن غير فرق بين أن يكون ذلك للاختبار أو لغيره اذ الاختبار غالباً يقع قبل الشراء ولاوجه لاستثناء التصرف اذا كان غرضه الاختبار.

كل ذلك لتفسير الحدث المسقط للخيار في رواية على بن رئاب بالامـور المذكورة .

وأما مكاتبة الصفار حيث كتب اليه عليه السلام عن التصرف في الدابة من أخذ الحافر

والنعل والركوب الى فراسخ ، فوقع الجواب : ان أحدث حدثاً فقد وجب الشراء .

فيستفاد منه أيضاً ذلك ، لتفسير الحدث في الروايةالسابقةبالامور المذكورة التيعرفتها من توقفه علىاذن المالك . ولاريب ان ماوقع في سؤالهذه الرواية كلها من هذا القبيل ، وأن أخذالحافر والنعل والركوب الى فراسخ مما لايرضى به صاحب الدابة اذا كانت للغير . فيكون حال هذه الرواية حال رواية علي بن رئاب فيالدلالة على كون مطلقالتصرف المتوقف على اذن المالك مسقطاً للخيار مطلقاً .

فلا وجهحينئذ لما ذكره المحقق الاردبيلى «قده»حيث قال :ان هذه الرواية وان كانت دالة بظاهرها علىأن كل حدث مسقط للخيار الا أن الحدث مجمل لانه بعد ما عرفت من تفسير الحدث في الرواية الاخرى ارتفع الاجمال في لفظ الحديث .

فالمسقط هو التصرف الذي يتوقفعلى الاذن من المالكوهوالحدث المسقط من غير فرق بين أن يكون وقوعه عمداً أو سهواً أو نسياناً أو غير ذلك . وأما غيره فلا يكون مسقطاً لعدم الدليل على ذلك .

هذاكله في دفع المناقشة الاولى ـ أي اجمال لفظ الحدث من حيث هو ـ وقد عرفت أنه لااجمال فيه أصلا .

(الثاني) سلمنا أن لفظ الحدث بملاحظة التفسير عام يشمل صورة ماذاكان كاشفاً عن الرضا وعدمه ، الاأن الرواية الاولىمن حيث اشتمالها على قوله عليه السلام : (فلذلك رضى منه) . وتعقيبها به ظاهرةفياختصاصهابالحدثالكاشف عن الرضا ، وعلى تقدير عدم ظهوره في ذلكفلا أقل من احتمالهفيوجب اجمال العام فيسقط عن الاعتبار .

أقول : غاية مايقال في بيان ذلك ماذكره شيخنا العلامة «قده» من دورانه بين وجوه أربعة :

«الاول» أن يكون الجملة جواباً للشرط فيكون كلها شرعية ، فكأنه قال : أن التصرف التزام بالعقد ورضائه به شرعاً وتنزيلا .

«الثاني» أن يكون توطئة للجواب ـ أي قوله (فلا شرط له) على وجه يشير الى الحكمة أيضاً ، فيكون اشارة الى أن الحكمة في سقوط الخيار بالتصرف دلالته غالباً على الرضا كالتفرق في خيار المجلس ، وعلى كل من المعنيين يكون كل تصرف مسقطاً وان علم عدم دلالته على الرضا .

«الثالث» أن يكون ذلك علة لقوله : ولاشرط له فتكون الجملة اخباراً عن الواقع ، نظراً الى أن الغالب بملاحظة نوع التصرف لو خلي وطبعه فيكون نفي الخيار ، فلا يكون التصرف غالباً دالا على الرضا بلزوم العقد ، وحينئذ فمقتضى الغلبة اختصاص الحكم بالتصرف الذي يكون كذلك ـ أي دالا بالنوع غالباً على الرضا وان لم يدل في شخص المقام ـ فيكون مقتضى ذلك المسقط ماكان له ظهور نوعي في الرضا نظير ظواهر الالفاظ في معانيها تعبداً بعدم قرينة توجب صرفه وتعميمه لما يدل على الرضا وان لم يعد تصرفاً عرفاً كالتعريض للبيع والاذن لغيره بالتصرف فيه فان العلة كما أنها تخصص فتعمم أيضاً .

«الرابع» أن يكون اخباراً عن الواقع وتكون الغلبة هي نفس الرضا الفعلي الشخصي .

هذه محتملات الرواية ـ ثم قوى «قده» ظهورها في أنه الثالث ، فيكون مقتضاه الكشف النوعي . وأنت خبير بأن أظهرية ذلك من بين الاحتمالات المذكورة في غاية المنع ، بل الظاهر من الرواية بمقتضى سياقها كون ذلك حكمة لا علة كما اعترف به غير واحد ، كما يرشد اليه تقدمه على قوله (فلا شرط لبعد تقدم المعلول

على العلة) . وان تنزلنا عن ذلك فغايته عدم ظهور ذلك في شيء ، فيكون مجملا مردداً بين العلة والحكمة .

وأما ظهوره في الغلبة فلا ، فاذا كان مجملا لدور انه بين معان أربعة أو خمسة منها يقتضي التعبد ، ومنها يقتضي تحقيقه بالرضا فيدور مداره اذا كان هذا اللفظ مجملا لدورانه بين الامور المذكورة فيسقط عن درجة الاعتبار ، فلا يكون معارضاً ومانعاً عن الاستدلال بظهور لفظ (ان أحدث فيه حدثاً) الواقع في صدر الرواية.

وأما ما ذكر من سريان اجماله الى العام لتعقبه بالمجمل المتصل فيسقطه عن الاعتبار .

ففيه : أن ذلك مما لاربط له بالمقام ولم يعلم كونه مخصصاً حتى يكون من قبيل العام المخصص بالمجمل ، بل أمره دائر بين كونه مخصصاً أو اجنبياً عن العام ، فتعلقه بالعام أقل من تعلق الاستثناء المتعقب للجمل، مع أن أجماله لايسري الى تلك الجمل كما هو مذهب المشهور المعروف . ولو سلمنا أن اجماله يسري الى العام فيصير مجملا ويسقطه عن درجة الاعتبار .

فهذا غاية مراد المناقش الا أنه لاريب أن اجماله يسري الى العام الذي تتعقبه الجمل ، وأما العام الاخر الواقع في مكاتبة الصفار فهو باق على عمومه ، لان هذا المخصص بالنسبة اليه مفصل ، فلا يسري اليه اجمال ، فيكون ذلك باقياً على عمومه وهو كاف في اثبات المطلوب بل بعموم ذلك يرفع اجمال العام الاخر .

(الثالث) سلمنا عموم ذلك الا أنه يضعفه عدم انفكاك المملوك المشتري عن نحو هذه التصرفات ، فلو قيل مع ذلك بسقوط الخيار بمجرد التصرف تعبداً كان جعل خيار الثلاثة حينئذ لغواً ، فلابد من القول بعدم كون هذه التصرفات اللازمة مسقطاً حتى يكون في جعل الخيار ثمرة .

هذا ، مع أنهم ذكروا أن الحكمة في هذا الخيار الاطلاع على أمور خفية

ـ في الحيوان ـ للمشتري ، وكيف يطلع الانسان على ذلك بدون النظر الى الجارية ولمسها وأمرها بغلق الباب والسقي ونحوها .

وقد أجاب عنه شيخنا العلامة «قده» بماحاصله : منع دلالة جميع التصرفات لو خليت وطبعها على الالتزام بالعقد حتى تكون الاجازة فعلية .

وأنت خبير بما فيه ، أولا : بأن الايراد المذكور ليس مبنياً على دعوى جميع التصرفات على الرضا حتى يقال في دفعه بمنع ذلك بل انما يرد ذلك على القول بالتعبد حسبما قررناه ، فانه حينئذ أيضاً يكون جعل الخيار في الثلاثة لغواً كما توهم فلا ينفع في دفع ذلك منع دلالة جميع ذلك على الرضا لعدم الاناطة بالرضا على التعبد .

وثانياً : أن الاشكال المذكور يرد على القول بالكشف النوعي أيضاً كماهو مختاره «قده» لعدم انفكاك المملوك المشتري عن نحو تلك التصرفات الكاشفة عن الرضا نوعاً أيضاً . فالقول بالسقوط بالتصرف الكاشف نوعاً يلزم اللغوية أيضاً لعدم انفكاك. فالاشكال مشترك الورود فلابد من رفع الاشكال على جميع التقادير.

فنقول في رفع الاشكال : هو أن يقال : أن بطلان الثاني ممنوع. بيان ذلك: أن الشارع شرع أصل الخيار في الثلاثة للارفاق بالمشتري والاطلاع على عيوب المبيع ، وذلك لايستلزم التصرف حسبما لايخفى ، بل الكون عنده في الثلاثة يوجب الاطلاع ان كان هناك عيب . وملكية المملوك لاتستلزم التصرف حتى يقال بأنه على القول بسقوطه به مستلزم لغوية الخيار . بل الشارع من باب الارفاق حكم بأن له الرد في الثلاثة بشرط عدم التصرف وأنه لو تصرف فيه مسقط خياره وأي منافاة في ذلك خروج التصرفات التى كانت لحفظ الحيوان من السقي وغيره لعدم دخولها في الادلة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف ، لما عرفت من اختصاص ذلك بالتصرفات الموقوفة على الملك والاذن من المالك .

ولاريب ان المنع عن هذه التصرفات مطلقاً ولو جهلا أو نسياناً لايكون منافياً لجعل الخيار وحينئذفأي لغوية في جعل الخيار مع القول بسقوطه بالتصرف مطلقاً ، فان حكمة جعل الخيار هو الارفاق وهو يحصل في صورة عدم التصرف فيكون كافياً في جعل الخيار وأصل تشريعه ، ولايقتضي ذلك الارفاق معه بأزيد من ذلك بأن يقال : ثبوت الخيار مع التصرف أيضاً فانه وان كان ـ أيضاً ـ ارفاقاً به الا أنه خلاف الارفاق بالنسبةالى المالك، فالارفاق بهما يحصل بثبوت الخيار في صورة عدم التصرف . وأما معه فيسقط الخيار بالادلة المذكورة ولا منافاة حسبماعرفت .

(الرابع)أن الرواية بعد تسليم دلالتها على سقوط الخيار بمطلق الحدث يكون معارضاً بما ورد في باب العيب والغبن في سقوط خيار العيب والغبن بالتصرف حيث سئل عن أبي جعفر عليه‌السلام فقال : ان كان الشيء قائماً بنفسه لعينه يرده الى صاحبه بعد ظهور العيب وأخذ الثمن وان كان الثوب قد قطع أو خيط أو صبغ ونحو ذلك فيرجع بنقصان العيب ولا رد .

الى غير ذلك من الاخبار الاخر الواردة في ذلك الباب الدالة على عدم سقوط الخيار بمجرد التصرف ،بل انمايسقط بمايوجب التغيّر كالقطع والخياطة فان قوله عليه‌السلام (ان كان الشيء قائماً بعينه) يشتمل ما اذا تصرف أم لا ، فصريح تلك الاخبار جواز الرد حينئذ وثبوت الخيار وعدم سقوطه بمجرد التصرف ،بل اختصاص السقوط مخصوص بما اذاكان التصرف موجباًللتغيّر كماهو صريحها ومع ذلك لايمكن العمل باطلاق هذه الاخبار في هذا الباب ـ أي القول بسقوط خيار الحيوان بمجرد التصرف ـ للاتفاق على أن التصرف المسقط انما هوعلى نسق واحد بالنسبة الى جميع الخيارات .

فاذا تعين العمل بمقتضى تلك الاخبار ، لاريب أن مقتضى ذلك سقوط الخيار

بالتصرف المغيردون غيره . ومقتضاها حينئذ عدم سقوط الخيار بالتصرف الغير المغير ، الا أنه خرج عن ظاهر ذلك ما كان دالا علـى الرضا اما فعلا أو نوعاً ، للاجماع على سقوط خيار الحيوان بذلك من غير نكير ، حسبما عرفت .

وعلى هذا فيختص السقوط بالتصرف المغير بصريح تلك الاخبار أو ما كان كاشفاً عن الرضا فعلا أو نوعاً، للاجماع على ذلك، فلايسقط بمجرد التصرف حتى مع العلم بالخلاف ، كما هو مقتضى القول بالتعبد فيبطل القول بذلك ، ويتعين القول بما يدل على الرضا نوعاً ، فان التصرف المغير داخل في ذلك أيضاًوكذا ما يدل على الرضا فعلا ، اذ القائل بالرضـا النوعي ـ حسبما أشرنا اليه ـ أنه لأقل من ذلك لاعدم السقوط بالرضا الفعلي .

هذا ولكن التحقيق أن يقال : أنه مع قطع النظر عن الاجماع علـى اتحاد البابين ـ أي باب خيار الحيوان وباب خيار العيب ـ لا اشكال أنه لاتعارض بين الخبرين أصلا حسبما لايخفى .

وبعد ملاحظة الاجماع على اتحاد البابين يحصل التعارض بينهما ، ولاريب أنه بعد الاجماع على اتحاد البابين يكون التعارض بينهماتعارض العامين من وجه فان مقتضى هذه الاخبار ـ الواردة في هذا الباب ـ سقوط الخيار بالتصرف ، سواء كان مغيراً أم لا ، ومقتضى تلك الاخبار عدم سقوط الخيار مادام بقاء الشيء بعينه سواء تصرف فيـه أم لافيحصل التعارض في التصرف الغير المغير ، فمقتضى أخبار الباب سقوط الخيار بذلك ، ومقتضى تلك الاخبار عدم السقوط .

هذا مع ان صريح بعض الأخبار الواردة في الباب السقوط بالتصرف الغير المغير كاللمس والنظر والقبلة بل الوطي ، وغير ذلك مما ورد في صحيحة علي ابن رئاب حيث فسّر عليه السلام الحدث المسقط بذلك ، وصريح اخبار العيـب هو عدم السقوط مع عدم التغير فيحصل التعارض ، فلابدحينئذ من التساقط والرجوع

الى العمومات أو استصحاب حكم المخصص .

أما القول بالتخيير كما هو المعين في الخبرين المتعارضين حسبما حقق في الاصول فهو ممالا مجرى له في المقام لكونه خلاف الاجماع بل الضرورة من الدين ، فلابد حينئذ من التساقط ، فيكون المرجح هو الاستصحاب ـ أي استصحاب الخيار بعد اخراج القدر المتيقن ـ أي ما كان كاشفاً نوعاً من الرضا ـ للاجماع على ذلك حسبما عرفت .

ولاريب أن مقتضى استصحاب الخيار عدم السقوط فيما عدا ذلك فيبطل القول بالتعبد حينئذ أيضاً . وان كان لنا كلام وتحقيق في أصل كون المرجح في المقام هل هو الاصل أو عمومات اللزوم ؟ لابتناء ذلك على أخذ الزمان في العام ظرفاً أو قيداً ، حسبما أشرنا اليه مراراً ونشير اليه أيضاً لاستغنائنا عن ذلك فان المرجح في المقام هو العمومات الواردة في خيار الحيوان أي ما ورد من أنه ثلاثة للمشتري .

ولاريب أن مقتضى تلك العمومات ثبوت الخيار للمشتري في الثلاثة الا ما علم خروجه وهو مااذا تصرف بما يدل على الرضا نوعاً ومع هذه العمومات يستغني عن الرجوع الى الاصل حتى يناقش في ذلك بأن الزمان مأخوذ في العام على جهة القيدية ، فيكون المرجع هو العام دون استصحاب حكم المخصص[1] .

هذا تمام الكلام في امكان القول بالتعبد . ويصحح القول بأن المسقط هو مادل على الرضا نوعاً وهو الاقوى تبعاً لجماعة من المحققين المتأخرين ، منهم

١) ولايخفى عليك أن تلك العمومات ليس لها عموم من حيث التصرف وعدمه وطرو المسقطات وعدمه بل هي ساكتة من هذا الحيث ، فهي مهملة من هذا الحيث لان مفاد تشريع أصل خيار الحيوان في الثلاثة للمشتري، وأما هل مسقط بالتصرف أم لا فهي ساكتة من هذا الحيث .

شيخنا العلامة«قده» .

بقي الكلام في أنه على القول بالتعبد وسقوط الخيار بمطلق التصرف حتى مع العلم بالخلاف ، هل هو ثابت في مطلق التصرفات سواء كان من قبيل السقي والحفظ أواللمس والنظر مما يتوقف على الملك ؟ أو كان للاختبار والاستعلام على حال المملوك من وجود العيوب الخفية وعدمه أو غير ذلك ؟ وبعبارة أخرى لابد من بيان دائرة التعبد .

فنقول : قدعرفت سابقاً في طي الاستدلال بروايات علي بن رئاب حيث فسر الحدث المسقط بمثل الوطي واللمس والنظر الى ما يحرم النظر اليه هوماكان من هذا القبيل ـ أي ما يتوقف على الملك أو الاذن من المالك ـ وأن التصرفات الجائزة للمشتري معلومة له بشاهد الحال ونحوه كسقي الدابة وعلفها وربطها أوما يتوقف حفظ النفس المحترمة على ذلك ، المأذونة من طرف الشارع على ذلك . فلا ريب فيخروج ذلك عن مورد الادلة حسبما عرفت . فلا يكون نحو هذه التصرفات مسقطاً لعدم شمول الأدلة لذلكحسبما عرفت .

وأما التصرفات الواقعةللاختباروا ستعلام حال المملوك ، فلايبعد استثناءذلك أيضاً كما ذكره الشهيد«قده»في «الدروس»حيثقال: واستثنى بعضهم من التصرف: ركوب الدابة والطحن عليها وحلبها ، اذ بها يعرف حالها فيتخير . وليس ببعيد.

وقال المحقق الكركي «قده» : ولا يعد ركوب الدابة للاستخبار أوللخوف من ظالم أو اردها تصرفاً. انتهى. وقال في موضع آخر ـ على ما حكي عنه ـ : والمراد بالتصرف المسقط ما كان المقصود منهالتملك لا الاختبارولاحفظالمبيع، كركوب الدابة للسقي. انتهى . الى غير ذلك من كلمات الاصحاب .

وبعد اخراج التصرفات المذكورة على القول بالتعبد ـ حسبما عرفت ـ لا تبقى ثمرة بين القول بالكشف وبين القول بالتعبد الا نادراً حسبما لايخفى .

وأما التصرف فيمايكون مسقطاً : لافرق على القول بالتعبد أن يكون عالماً أو جاهلا ، ناسياً أو غافلا ، لاطلاق الادلة على القول بـالتعبّد حسبما عرفت . هذا تمام الكلام في المقام الثاني .

وأما المقام الثالث ـ أي كلمات الاصحاب ـ : فهي وانكانت ظـاهرة فـي اناطة الحكـم بالرضا كما ذكر شيخنا العلامة «قده» وكما هـو الظاهر من عبارة «المقنعة» و«الغنية» و «السرائر» وغيرهـا على ما نقله «قده» حيث أنهم صرحوا بثبوت الخيار الا أنه اذا أحدث حدثاً يدل على الرضا .

والاصل في القيد الاحتراز فيدل بالمفهوم على عدم السقوط بما لايدل على الرضـا . وأما عبارة العلامة فهي مختلفة غاية الاختلاف الا أن بـعضها ظاهرة فـي ذلك ، ويمكن ارجاع غيرها اليها حسبما لا يخفى على من راجعها . وبالجملة يستفاد من عبارة الاصحاب اناطة الحكم بالرضا من حيث أن الاصل فـي القيد الاحتراز الا أنه تضعـّفه أمور :

(الاول)أنه لو كان المراد ـ من العبارة المذكورة ـ ذلك ـ أي كونه منوطاً بالرضا بمعنى أن يكون المراد من التعبد : الاحتراز وسلب الحكم عما عداه ـ كان المناسب هو التعبير بالاشتراط والتعليق دون التوصيف، بأن يقال : أن الحدث أو التصرف مسقط اذاكان دالا على الرضا لانه التعبير المناسب المتعارف في مثل هذه الموارد ، فالعدول عنه والتعبير بالتوصيف مع خروجه عن المتعارف أمارة على كون الوصف موضحاً وكاشفاً وان كان الاصل فيه الاحتراز .

(الثاني)أنه المناسب لاطلاق الاخبار الواردة في الباب لمامر من أن اطلاقها قاض بالتعبد به . والتحقيق وان كان خلافه كمامر الا أن التجمد بالاطلاق هو المناسب لبناء الاصحاب واللائق بمشربهم في غير الباب .

(الثالث)ان اطلاق نفس القيد قاض بالتعبد به لدلالته على أن التصرف الدال

على الرضا مسقط ، سواء حصل الرضا أولا ، فالتصرف بالنسبة الى الدلالة على الرضا وان كان مقيداً ، الا أنه بالنسبة الى نفس حصول الرضا وعدمه مطلق لامقيد له ، والداعي على ذكر القيدحينئذ مع حصول الافادة باطلاق التصرف ليس الا التنبه على بيان حال التصرف والتعرض لشأنه. فالمراد أن التصرف مسقط للخيار سواء حصل الرضا أولا، الا أن التصرف هو من شأنه وشغله :الدلالة على الرضا، وهذا هو الصفة الكاشفة .

والحاصل: أن التجمد بظاهر التقييد وان كان قاضياً بالاحترازية الا أن الامور الملفقة المذكورة صارفة عن هذا الظهور وقاضية بكونه للكشف عن حال التصرف واخباراً عن حقيقة الماهية ولذلك نسب الى المشهور القول بالتعبد به مع عدم خلو كلامهم ـ جلا أو كلا ـ عن التقييد بالدلالة على الرضا . (والله العالم) .

خيار الشرط

الثالث : خيار الشرط ـ أي اشتراط الخيار ـ وهو غير خيار الاشتراط ـ أي خيار الناشىء من الاشتراط في ضمن العقد تعذراً أو تخلفاً أو فساداً ـ فالمراد به هنا اشتراط نفس الخيار في ضمن العقد .

وتوضيح المرام وتنقيح أطراف البحث والكلام يستدعي رسم أمور في المقام:

(الامر الاول) أنه قد يشكل في ثبوت هذا الخيار وصحة هذا الشرط بوجهين:

«أحدهما» مامر في شرط السقوط وهو أن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد لان العقد بنفسه مقتضى اللزوم فاشتراط الخيار مخالف لما يقتضيه العقد وقد أجمعوا كافة على أن كل شرط مخالف لمقتضى العقد باطل .

ثم ان هذا الاشكال انما يجري فيما بعد الثلاثة ، لان مقتضى العقد في الايام الثلاثة هو الجواز بسبب خيار الحيوان لا اللزوم ، فليس اشتراط الخيار فيها منافياً

لمقتضى العقد بل هو موافق له ، فيختص الاشكال بمالو شرط ثبوت الخيار فيما بعد الثلاثة .

ويمكن تقريره في الثلاثة بتقريب أن مقتضى العقد فيها هو الجواز من جهة خيار الحيوان لامن جميع الجهات، فهو من سائر الجهات يكون لازماً في الثلاثة أيضاً وان كان جائزاً من جهة خيار الحيوان وتظهر الثمرة في الاسقاط . وبالجملة يكون ثبوت الخيار في الثلاثة من جهة أخرى غير الجهة الحيوانيه مخالفاً لمقتضى العقد.

وكيف كان ، أجاب عنه المشهور بما أجابوا في عكس المسألة كما مر مفصلا من أن الجواز ليس منافياً لمقتضى ذات العقد وطبيعته بل مناف لاطلاقه ، لان اللزوم من مقتضيات العقد لامن مقتضيات طبيعة العقد بحيث لا يقبل التخلف والانفكاك . والشرط الباطل هو ما كان من قبيل الثاني لاالاول لان ما هو مقتضى الاطلاق يكون قابلا للتخلف فلا ضير في تخلفه بسبب الاشتراط .

ومهذب مرادهم أن مقتضى العقد على قسمين :

أحدهما : ما هو لازم الصيغة لاينفك عنه سواء اشترط خلافه ام لا فيكون لازم الثبوت في الحالتين .

ثانيهما : ما هو لازم وثابت للعقد لولا الشرط لامطلقاً، فيكون العقد باعتباره منقسماً الى قسمين : العقد الخالي عن الشرط والعقد المشروط واللازم لازم للقسم الاول فقط دون القسم الثاني ويعبر عن القسم الاول ــ وهو ما يكون لازماً للعقد في الحالتين ــ سواء اشترط أم لا بمقتضى ذات العقد وعن الثاني بمقتضى اطلاقه.

والشرط في الاول باطل ، لان المفروض ثبوت اللازم مطلقاً بشرط خلافه أولا، فيكون الشرط مخالفاً لمقتضى العقد لامحالة. وفي الثاني صحيح لان المفروض أن العقد انما يقتضيه اذا كان مجرداً عن الشرط لامطلقاً ، فالمراد بمقتضى الذات والاطلاق هو ملاحظة الذات أو الاطلاق من حيث الشرط فان اقتضاه بذاته ــ شرط أم لا ــ فهو الاول وان اقتضاه العقد الخالي عن الشرط دون المشروط فهو الثاني.

وحينئذ فيقال : أن اللزوم من قبيل الثاني ، لانه مقتضى العقد الخالي عن شرط الخيار وليس من قبيل الاول بحيث يكون لازماً وثابتاً للعقد مطلقاً سواء شرط الخيار أولا ، فصار شرط الخيار منافياً للاطلاق لا للماهية . والباطل هو الثاني لا الاول .

وأورد على ذلك المحقق الشيخ علي في «شرح اللمعة» ـ على ما حكي عنه ـ مما حاصله : منع كون اللزوم من مقتضيات العقد المجرد الخالي عن الشرط لانه مجرد دعوى لابينة ولامبينة بل هو لازم لمهية العقد مطلقاً سواء شرط فيه الخيار أم لا ، وذلك لان المرجح في كون الشيء لازماً للعقد في حال دون حال أو في جميع الاحوال هو ملاحظة الدليل الشرعي لذلك ـ أي دليل ذلك الحكم ـ ومن المعلوم أن دليل اللزوم هو (أوفوا بالعقود) وهو عام شامل للحالين ، اد لالته على وجوب الوفاء بالعقد مطلقاً ، سواء اشترط الخيار أم لا .

فالعقد المجرد والمشروط كلاهما مشمول بعموم وجوب الوفاء . فاذا دل على اللزوم مطلقاً ولو مع شرط الخيار ، فصار الشرط ـ أي شرط الخيار ـ منافياً لمقتضى العقد ، حيث أن مقتضى عموم (أوفوا) هو اللزوم عند الاشتراط ، ومقتضى دليل الشرط هو الجواز وثبوت الخيار ، وهما متنافيان متناقضان . ومقتضى تحكيم العموم على دليل الشرط لكونه رافعاً لموضوعه هو فساد الشرط وعدم ثبوت الخيار لكونه شرطاً منافياً لمقتضى العقد ومخالفاً للكتاب والسنة .

ولو أغمض عن ذلك فأقصى الامر وقوع التعارض بين الدليلين : دليل الوفاء بالعقد المقتضي للزوم ، ودليل صحة الشرط المقتضي للجواز . والنسبة عموم من وجه . والمرجح بعد التساقط هو أصالة اللزوم ولا أقل من استصحاب الملكية بعد الفسخ . وكيف كان فلا دليل على صحة هذا الشرط بل الدليل على خلافه.

هذا محصل مرامه على المهذب منا . ويندفع بمنع المعارضة في المقام ،

لان دليل وجوب الوفاء لايصلح لشموله للعقد المشروط بالخيار المقيد له ، لعدم قابليته لدخوله تحته لاللزوم المعارضة بين الدليلين لو شمله على ماقرر، بل للزوم التناقض في مدلول (أوفوا) فلا يمكن شموله وعمومه له ، لان العام انما يشمل الافراد القابلة دون الفرد الغير القابل عقلا .

ووجه عدم القابلية هو :أن الوفاء بالعقد معناه هو الوفاء به على حسب ما هو عليه كماً وكيفاً ـ أي على حسب مايوقعه ويقصده المتعاقدان من القيود والخصوصيات ـ فاذاكان العقد مشروطاً بشرط فالوفاء به انما يتحقق بالوفاء به مقيداً بذلك الشرط لان الوفاء بنفس العقدالمجرد دون الشرط حينئذ ليس وفاء للعقد على ماهو عليه في الخارج من الخصوصية فمعنى وجوب الوفاء به ليس الاوجوب الوفاء بالعقد والشرط قضية للوفاء بالعقد على ماوقع في الخارج والعقد المشترط فيه الخيار ليس قابلا لوجوب الوفاء بهذا المعنى .

بداهةأن العقد الخياري ليس واجب الوفاء، اذلامعنى لوجوب الوفاء بالعقد الجائز ، لانه تناقض بيّن . ولذا لايشمل (أوفوا) العقود الجائزة ويكون مفاده أصالة اللزوم في العقود فاذا لم يعقل وجوب الوفاء بالعقد المشترط فيه الخيار لعدم قابليته لوجوب الوفاء به خرج عن تحت (أوفوا) بحكم العقل تخصصاً لاتخصيصاً .

فصار العقد متنوعاً الى نوعين: العقد المشترط فيه الخيار والعقد المجرد عنه واللزوم لازم للثاني دون الاول ، فليس شرط الخيار منافياً لمقتضى العقد ، اذ المنافاة مبني على عموم (أوفوا) وشموله للعقد المشروط بالخيار أيضاً ، والمفروض خلافه كما عرفت .

فاذن اندفع توهم المعارضة بين (أوفوا) ودليل الشرط بل دليل الشرط جار من دون تعارض . وهذا هومرادهم من أن اللزوم هو مقتضى العقد بشرط أن

لايشترط فيه الخيار لامقتضى العقد المشروط فيه الخيار .

فان قلت : ان وجوب الوفاء بالعقد معناه وجوب الوفاء بكل عقد على حسبه جوازاً ولزوماً ، فيجب الوفاء بالعقد الجائز على مقتضى جوازه كما ذكر في « المسالك » ان جائزاً فجائز وان لازماً فلازم .

قلت : مضافاً الى أنه لايحصل لوجوب الوفاء بالعقد الجائز ، ومضافاً الى استلزامه عدم جواز التمسك به لاصالة اللزوم وهو خلاف ما استقرت عليه طريقة الاصحاب ، وقلنا بتعقله بدعوى أنه يجب في العقد الجائز أيضاً ترتيب آثار الجواز، فالوفاء بالعقد ترتيب آثار كل على حسبه فلا يضرنا،لان لازم هذا المعنى على فرض تعقله هو ثبوت الجواز وصحة شرط الخيار لكونه مشمولا لـ(أوفوا بالعقود) وحينئذ فليس الشرط مخالفاً لمقتضى العقد ولا منافياً لوجوب الوفاء بالعقد فتندفع المعارضة بين الدليلين رأساًبل كان (أوفوا) بنفسه دليلا على صحة هذا الشرط .

و «ثانيهما» ان شرط الخيار شرط غير مقدور ، والشرط الغير المقدور باطل عقلا وشرعاً .

أما الصغرى : فلان الخيار حكم شرعي ، وهو منوط بالجعل من الشارع وليس أمره راجع الى المكلف .

وأما الكبرى : فلان الشرط عبارةعن الالزام والالتزام ، فلابد من أن يكون متعلقه الافعال الخارجةالاختيارية المقدورة، والامر الغير المقدور الخارج عن اختيار المكلف ليس قابلا للالزام والالتزام فليس صالحاً للاشتراط .

وليس هذا من قبيل شرط النتائج أيضاً حتى يأتي فيها مايأتي فيها من ارجاع الشرط الى الالتزام بالاثار المقدورة فيصح الاشتراط من هذه الجهة وان كانت هي بأنفسها غير مقدورة ، لان النتائج عبارة عن الاوصاف والاحكام الوصفية المسببة

عن الأسباب الاختيارية كالملكية والحرية والرهنية ونحوها ، فانها وانكانت بأنفسها غير مقدورة ، لعدم كونها من الافعال الخارجة بل من الاوصاف ، الاأنها مقدورة بالواسطة ، لكونها مسببة عن أسباب هي أفعال خارجية .

فلاضير في صيرورة الشرط سبباً لها أيضاً بحكم (المؤمنون عند شروطهم) وهذابخلاف الخيار ، اذليس وصفاً مسبباًعن سبب اختياري ، بل هو حكم شرعي سببه ليس الاجعل الشارع ، فاشتراط الخيار شرط على الله «تعالى شأنه» لاعلى المكلف . فيدخل في الشرط الغير المقدور .

ويندفع هذا الاشكال بمنع اختصاص دليل الشرط بالافعال الخارجية بل يعمها وغيرها مما كان له اثر قابل لوجوب الوفاء وحيث أن للخيار آثاراً وأحكاماً راجعة الى فعل المكلف ، كترتيب آثار الفسخ لو فسخ واللزوم لو سقط فيشمله عموم (المؤمنون عند شروطهم) .

نعم لو كان متعلق الشرط حكماً شرعياً بحيث لم يتعقل وجوب الوفاء به أصلا ولو بملاحظة الاثار كما اذا اشترط حلية الخمر أوحرمة شرب الماء ـ مثلا ـ دخل في الشرط الغير المقدور ولم يشمله دليل صحة الشرط . والخيار ليس من هذا القبيل ، بل من قبيل الاول .

والفرق بينه وبين النتائج أنها مقدورة بالواسطة ، والمقدور بالواسطة مقدور والخيار غير مقدور لكن وجوب الوفاء به بمعنى وجوب ترتيب الاثار وهو قابل للوفاء عملا بعموم (المؤمنون...) الشامل للمقدور وغيره اذا كان قابلا للوفاء ولو بملاحظة الاثار. فتدبر .

وقد ينتصر للمشهور ويدفع كونه شرطاً غير مقدور بما ذكره الفاضل الجواد في «شرح اللمعة» : من أن الاقالة مما ثبت مشروعيتها بالنص والاجماع ، وليس معنى الاقالة الا الفسخ ، والخيار أيضاً كالاقالة في كونه منشأ لفسخ العقد ، غاية

الامر أنها منوطة برضاء الطرفين بخلاف شرط الخيار ، لانه على حسب ما اشترط .

وفيه : أن الاقالة فعل خارجي، والخيار حكم شرعي فلاوجه لمقايسة أحدهما بالاخر .

وقد ينتصر لهم أيضاً : بأن شرط النتائج مما ثبت مشروعيته في الجملة فيما لم تكن له سبب مخصوص مع اشتراكها في كونها غير مقدور ، والخيار أيضاً من جملة النتائج ، فلا ضير في ثبوته بالشرط مثلها عملا بعموم (المؤمنون ...) الا ما خرج .

وفيه : ما مر من أن الخيار ليس من النتائج لانها عبارة عن الاوصاف المسببة عن الاسباب الشرعية ، وتلك الاسباب أفعال خارجية . والخيار حكم شرعي لاوصف خارجي أو اعتباري بل أمره راجع الى جعل الشارع وخارج عن اختيار المكلف ، فلا وجه لمقايسة الخيار بالنتائج .

اللهم الا أن يراد به مجرد النقض الكاشف عن صحة اشتراط ما هو خارج بنفسه عن القدرة كالاوصاف لانه مشترك بينهما وان اختلفا في وجه الحل . فتدبر .

وكيف كان فقد ظهر اندفاع الاشكال في صحة هذا الشرط ، فلا اشكال في الصحة .

(الامر الثاني) هل يجري هذا الخيار في البيع المشروط صحته بشرط متأخر كالصرف والسلم المشروطين بالقبض أولا ؟

قد مضى مفصلا ـ في خيار المجلس ـ الاشكال في ثبوته قبل القبض فيما يتوقف صحته عليه بناءاً على عدم وجوب التقابض تكليفاً لان الخيار عبارة عن السلطنة على الفسخ ، ولايتصور ذلك الا اذا كان العقد مؤثراً حتى يؤثر الفسخ في رفع ذلك الاثر ، وقبل القبض لاأثر للعقد بحكم الفرض ، فكيف يتعقل الخيار .

بل قدتقدم الاشكال فيجريان الخيار فيالعقود الجائزة بالذات، فان جوازها ذاتاً يكفي في السلطنة علىالفسخ والازالة. فالخيار تحصيل للحاصل ولغو محض لايترتب عليه أثر أصلا . والقولبأن أثره وفائدته جواز سقوطه بالاسقاط مدفوعة بأن السقوط فرع الثبوت فلا يعقل أن يكون أثر أو فائدة له .

وكيف كان فيدور الخيار مدار ثبوت الفائدة ولذا قلنا أنه بناءاً على وجوب التقابض في الصرف والسلم لامانع من ثبوته لكون فائدته حينئذ هو رفع هذا الوجوب بالفسخ لارتفاع الموضوع بـه ، وان اشكلنا فيه أيضاً كما قد ذكرنا فراجع .

والغرض في المقام هو التنبه على خصوصية في المقام ليمتاز بها عن سائر الخيارات ، حيث أن الاشكال والكلام هناك انما كان فيتعيين مبدأ الخيار هل هو قبل القبض أو بعده .

وأما أصل الخيار فلا مانع منه ، غاية الامر أنه لو أحلنا ثبوته قبل القبض لعدم الفائدة تعيّن القول بثبوته بعد القبض . وهذه المندوحة مفقودة في المقام الا أن الاشكال هنا في أصل ثبوت الخيار مطلقاً لوجود المانع عنه فيالحالتيناما قبل القبض فلعدم الفائدة وعدمالامكان وأما بعده فلزوم الجهالة والغرر فيالشرط كما نبّه عليه المحقق الشيخ علي في «شرح اللمعة» .

ولذا حكي عن«المبسوط» و«الغنية» و«السرائر» التصريح بعدم دخول خيار الشرط فيه، مدعينعلى ذلك الاجماع، لكنالعلامة «قده» قد أشكل في«القواعد» فيه ـ على ما حكي عنه ـ بل في موضع من «التذكرة» أيضاً : الجزم بدخوله فيالصرف ولعل غرضه الرد علىاستدلال الشافعي ـ أيابطال دليله ـ لامنعاصل المدعى .

وعنه في موضع آخر من «التذكرة» منع ثبوته في الصرف والسلم أيضاً ،

والاقوى عدم دخوله فيه، لما ذكر وحاصله: أنه اما أن يشترط بعد القبض ثبوت الخيار أو يشترط في ضمن العقد . وعلى الثاني : فاما أن يشترط في ضمن العقد ثبوت قبل القبض أو يشترط بعده، فان الشرط بعد القبض ثبوت الخيار ـ يعنى اشترط رأساً لانه شرط منفصل خارج عن العقد ـ فلاأثر ، وان اشترط في العقد ثبوته قبل القبض، لم يعقل لعدم الفائدة ، وان اشترط ثبوته بعد القبض لزم الجهالة والغرر ، لان زمان القبض مجهول والجهل في الشرط غرر موجب لفساد العقد لسرايته الى الغرر فيه .

هذا مضافاً الى الاجماعات المحكية عن الثلاثة خلافاً لـ«المسالك» حيث قال بالتعميم ومنع الاجماع، بل قال: أنه أطبق المتأخرون على منعه ـ بمعنى أنهم منعوا ثبوت الاجماع ـ فانهم بين مطلق بثبوته في البيع وبين مصرح بالتعميم وهو كاف في منع الاجماع . وقوّاه في «الجواهر» .

والاقوى ما ذكرنا ، والاعتماد على الوجه المذكور دون الاجماع .

ونقل عن الشافعي وجه آخر للمنع وهو : ان اشتراط الخيار مناف لغرض اشتراط القبض حيث أن المقصود من تشريعه هو انقطاع علاقة المالك رأساً حتى يفترقا عن لزوم ولم يبق بينهما علاقة ، ولو ثبت الخيار بقيت العلقة . وهذا نقض للغرض .

وفيه : ما لايخفى لانه محض اعتبار ، واستحسان صرف لايصلح للاعتماد فلذا أجاب عنه في محكى «التذكرة» بمنع الملازمة . هذا كله في الصرف .

وأما السلم: فقد يتوهم استشعار الاجماع على ثبوته فيه نظراً الى أنهم أجمعوا كافة على دخوله في جميع أنواع البيع وأقسامه ولم يستثنوا من ذلك الا الصرف، فيدخل السلم في المستثنى منه .

وفيه : منع ، صغرى وكبرى لان التعرض لخصوص الصرف ليس لخصوصية فيه بل لما مر من الوجه وهو متحد في البابين ، ولعل السكوت عنه من جهة أن

اشتراط القبض في الصرف أظهر وأقوى .

وكيف كان فحكمه حكم الصرف لاتحاد مناط الاشكال، والاجماع المتوهم ممنوع ويكفي فيه ما مر من « التذكرة » من المنع والاشكل في كليهما ، ولو سلم فالمستند في المقام هو القاعدة لانتفاء النص الخاص ، ومناط الجواز والمنع فيهما واحد ، فالفرق بينهما باطل .

(الامر الثالث) أن هذا الخيار على حسب ما يشترطه المتعاقدان كماً وكيفاً وليس له حد مضبوط، ونعني بالكم: طول الزمان وقصره ، فلا فرق بين اشتراط الخيار ثلاثة أو أقل . ونعني بالكيف : الاتصال بالعقد والانفصال أو اتصال زمان الخيار واستمراره أو انفصاله .

فهنا مسائل ثلاث

«المسألة الاولى» في كونه منوطاً بالتعيين وعدم الفرق فيه من حيث الكم. والحكم فيه اجماعي ولم ينقل فيه خلاف الا عن بعض الشافعية ، حيث قالوا بعدم جواز اشتراط الخيار أكثر من ثلاثة أيام استناداً الى (النبويين) أو(النبوي صلى الله عليه وآله و سلم) المروي بطريقين : أن حبان بن منقذ كان يخدع في البيع أو أنه أصابه في رأسه ، فقال النبي ﷺ : اذا بعت فقل : لاخلابة وجعل لك الخيار ثلاثاً .وفي أخرى ولك الخيار ثلاثاً .

وفي «الجواهر» : الخيار ثلاثاً، وكذا في كتاب الشيخ على «قده» .والفرق أنه بناءاً عليه يكون مفاده حكماً كلياً عاماً، فلا يحتاج الى ضمّ قاعدة الاشتراك بخلاف الاول ، لان المجعول له الخيار ثلاثاً بحكم النبي ﷺ هو خصوص المخاطب لمكان قوله (وجعل لك) أو (لك) فتعميم الحكم يحتاج الى ضم قاعدة الاشتراك .

ويؤيده الاعتبار العقلي أيضاً ، لان حكمة جعل الخيار هي التروي والتأمل في المصالح وهو في مدة ثلاثة أيام فالزيادة عنها لغو محض ، فلذا جعل الخيار في الحيوان ثلاثة أيام لاأزيد .

الا أن في سند الروايتين مضافاً الى الارسال مالايخفى من الضعف لانه من طرق العامة لا من طرق الخاصة ولا جابر له لاتفاق الكل على خلافه والاعراض عنه فلا يصلح للاعتماد ، والاعتبار العقلي ليس دليلا في شيء بل قد يناقش في دلالة الرواية أيضاً كما عن العلامة في «التذكرة» حيث ادعى أن لاخلابة في الشرع عبارة عن جعل الخيار ثلاثة أيام . وكيف كان فهو بالاعراض جدير .

وقد يستدل له بوجهين آخرين :

أحدهما : أن عادة الشرع قد جرت على ثلاثة أيام فهو حد شرعي لايجوز التعدي عنه ويتضح عنه خيار الحيوان وتأخير الثمن ، لان حده ثلاثة أيام .

وفيه : مالايخفى من الضعف والقياس .

ثانيهما : قوله عليه السلام (الخيار في الحيوان ثلاثة أيام اشترط أو لم يشترط) . لان معناه : أن الخيار في ثلاثة أيام ثابت في الحيوان مطلقاً من غير حاجة الى الاشتراط ، وأما فيما عداه فهو ـ أي الخيار في ثلاثة أيام ـ يحتاج الى الاشتراط فيدل على أن حد الخيار هو الثلاثة مطلقاً وفي غيره مع الشرط ، وهو كما ترى بل هو على خلاف ذلك أدل حيث أنه يدل على أن خيار غير الحيوان يدور مدار الاشتراط كائناً ماكان .

أما اعتبار كونه ثلاثة لا أزيد ، فلا دلالة عليه بوجه . وقد حكي عن العامة عدم جواز اشتراط أقل من ثلاثة أيضاً . وهو كسابقه في الضعف قولا ودليلا .

« المسئلة الثانية » في عدم كونه مضبوطاً من حيث الكيف من الجهة الاولى وهو الاتصال والانفصال ، فلافرق بينهما ، خلافاً للشافعي في الثاني ، لشبهة ذكرها

العلامة في «التذكرة» على ماحكي وهـو لزوم انقلاب العقد اللازم جائزاً ، وهو باطل .

وفيه : أولا ـ النقض : بخيار الرؤية والتأخير. وثانياً ـ الحل : بأنه لامانع مـن ذلك أصلا بعد دلالـة الدليل على لزوم الوفاء بالشرط فانه مخصص بعموم أصالة اللزوم . فالاستناد اليه مصادرة واضحة ممنوعة .

«المسئلة الثالثة» في عدم الفرق في اشتراط الخيار كيفاً من الجهة الثانية ، وهو الاستمرار والتفرق ، فلا فرق بين أن يشترط الخيار في شهر بتمامـه وبين أن يشترط في شهر يوم ويوم . لاخلاف الا لصاحب «المسالك» في الثاني حيث قال: فيه وجهان ، نظراً الى دعوى التبادروالانصراف اما لما في«الجواهر» من انصراف الوحدة ـ أي وحدة الخيار ـ وهو موجب لاعتبار الاستمرار لان التعاقب مستلزم للتعدد . واماالانصراف توالي زمان الخياروا ستمراره فيخرج المتفرق لا لاستلزامه التعدد بل لفقد التوالي وان قلنا بأنه في صورة التعاقب أيضاً خيار واحد لا متعدد بدعوى أن التصرف انما هو في كيفية هذا الخيار الواحد لا أن الخيار معه متعدد .

وكيف كان فالتبادر المدعى على أحد الوجهين لابد مـن ملاحظته بالنسبة الى دلالته الخاصة كما ورد في اشتراط الخيار برد الثمن مثلا . فيدعى أن المتبادر من دليل خيار الاشتراط هو اشتراطه على وجه التوالي أو الوحدة ، أما بالنسبة الى قوله ﷺ (المؤمنون عند شروطهم) فلامسرح للتبادر لعدم اختصاصه بخيار الشرط بل هو عام له ولغيره وليس فيه لفظ شرط الخيار حتى يدعى الصرافة الى التوالي أو الوحدة ، فلا معنى للتبادر بالنسبة كما لايخفى .

وكيف كان فالمتبع هو تعيين المتعاقدين ، فلافرق بين الوجهين وفاقاً للجل بـل الكل والتبادر المدعى ممنوع ومدفوع بعموم (المؤمنون عند شروطهم) الشامل للقسمين .

(الامر الرابع) أنه يشترط أن تكون مدة الخيار مضبوطة معلومة . واحترزنا بذلك عما لو اشترط مدة مجهولة سواء كان الجهل مأخوذاً فيه مطابقة كما لو قال : «ولي الخيار مدة» أو بالالتزام كما لو قال : « ولك الخيار الى مدة قدوم الحاج ، أو عند قدوم الحاج » مثلا ، أو لم يعين المدة أصلا بأن أطلق الخيار ولم يتعرض للمدة لا معلومة ولا مجهولة ، كما قال : « ولك الخيار » .

لاخلاف ولااشكال في الاولين ـ أي فساد اشتراط المدة المجهولة على أحد الوجهين ـ وانما الخلاف في الاخير ، وهو ما لو أطلق الخيار .

فعن «الانتصار» و «الغنية» و «الجواهر» و «الخلاف» و «المقنعة» والحلبي : صحة الاشتراط وانصرافه الى ثلاثة أيام ، بل عن «الانتصار» و«الغنية» و«الجواهر»: الاجماع عليه . وعن «الدروس» الميل اليه أيضاً خلافاً للمشهور ، فذهبوا الى فساد المشهور .

ويدل على مذهب المشهور نفي الغرر ، لان الجهالة غرر منفي في باب المعاملات ، واستدل عليه أيضاً بأنه اذا لم يعين المدة ، فان ثبت الخيار دائماً كان منشئاً للخلاف ، وهو نقض لغرض جعل المعاملات ، لانها شرعت لمنع التشاح ورفع الخلاف وان ثبت في زمان معين كان ترجيحاً بلا مرجح .

الا أن الشيخ في «الخلاف» استدل على ماصار اليه من تعيين الثلاثة بدعوى وجود أخبار الفرقة بذلك ، فتكون هذه الحكاية بمنزلة خبر مرسل . ولاينافيه عدم وجوده في الاخبار المدونة في كتب الاخبار ، لان عدم الوجدان لايدل على عدم الوجود . فهو لايقصر عن سائر المراسيل،وضعفه بارساله منجبر بعمل هؤلاء الجماعة بل الاجماعات المنقولة ممن عرفت ، فيكون مخصصاً لدليل الغرر بل رافعاً لموضوعه لا لحكمه فيكون تخصصاً لا تخصيصاً لان التحديد الشرعي موجب لارتفاع الجهالة فان تم هذا المرسل بالتقريب المذكور كان هو المتبع

في المسألة .

ولا ضير حينئذ في مخالفة المشهور بعد مساعدة الدليل لان الحق أحق أن يتبع . بل قد يدعى منع الشهرة أيضاً كمافي «الجواهر» . وقد اعترف جماعة من مشائخ الفقهاء بأن هذا النقل منه خبر مرسل على حد سائر المراسيل، فاذا فرض اعتباره فلا عذر في المخالفة بل تعين العمل به سيما مع اعتضاده بالاجماعات المحكية ولذا قواه في «الجواهر».

بل حكي عن العلامة الطباطبائي : الجزم به في مصابيحه وأجاب عنه شيخنا العلامة «قده» بأن حكاية الاخبار ونقل الاجماع لاينهض لتخصيص قاعدة الغرر ، لان الظاهر بقرينة عدم تعرض الشيخ لذكر شيء من هذه الأخبار في كتابيه الموضوعين لايداع الاخبار أنه عوّل في هذه الدعوى على اجتهاده في دلالة الأخبار الواردة في شرط الحيوان .

ولا ريب أن الاجماعات المنقولة انما تجبر قصور السند المرسل المتضح دلالته أو القاصر دلالته لا المرسل المجهول العين المحتمل لعدم الدلالة رأساً. انتهى موضع الحاجة .

يعني أن الخبر انما يعتبر اذا كان مستنداً الى الحس والرواية، لا الحدس والدراية، والخبر في باب الاحكام كالشهادة في الموضوعات ،لاتحاد المناط، فالخبر المستند الى الحدس ان كان في الموضوعات يسمى بالشهادة فلايقبل، وان كان في الاحكام يسمى بالرواية فلا يعمل به .

واذا انجر الكلام اليه فلا بأس بالتعرض لشطر من الكلام في ذلك لما فيه من القواعد العامة النافعة . فنقول : اذا أخبر المخبر بخبر فاما أن يكون المخبر به من المعقولات المحضة أو من المحسوسات بالحواس الظاهرة .

ونعني بالاول مالا يدخله الحس أصلا لابلا واسطة ولا معها ، كالاخبار بأن مقدمة الواجب واجبة ، وان اجتماع الامر والنهي ممتنع ، وأن الامر بالشيء يقتضي

النهي عن الضد، وأن الخرق والالتئام في الافلاك محال، وأن الجزء الذي لايتجزىء باطل . ونحوها مما لاتدركه الحواس الظاهرة أصلا .

ونعني بالثاني ما يدخله احدى الحواس الخمس الظاهرة ويدرك بها ، امابلا واسطة كالطلوع والغروب والليل والنهار وسائر الاعمال الخارجية ، أومع الواسطة كالصفات الباطنة المستندة الى الامور الظاهرة كالعدالة والوثاقة والسخاوة والشجاعة والكرم والبخل وغيرها .

لااشكال ولاخلاف في أنه لاعبرة بالنقل والاخبار في القسم الاول وهو المعقولات المحضة ، ويلحقه ما كان مركباً من المعقول والمحسوس ، بأن كان بعض مبادئه حسية وبعضها حدسية .

ومن هذا القبيل فتوى الفقيه في الاحكام الشرعية ،لانه داخل في المعقولات وان كان مستنبطاً من الادلة اللفظية لان الاستنباط موقوف على ضم مقدمات اجتهادية نظريّة لامحالة ، والادخل في الرواية وخرج عن الفتوى والاجتهاد ، وهو خلف فالادلة الدالة على حجية الاخبار في الاحكام الشرعية لاتشمل فتوى الفقيه ، بل اثبات حجيته في حق المقلد موقوف على دليل آخر كما حقق في محله ولا اشكال ولاخلاف أيضاً في حجية النقل والحكاية في قسمين منهما وهو المحسوس حقيقة أوحكماً اذاكان مستندالاخبار هو الحس، أي احساس المخبرية في الاول، والمباديء الملازمة لها عادة في الثاني. ولافرق فيه بين الموضوعات والاحكام .

فالشهادة أوالرواية المستندتين الى الحس ممالاخلاف في اعتبارها على ماهي عليه من الشرائط المقررة من العدالة والتعدد في الموضوعات والاول فقط أو مطلق الوثاقة في الاحكام على الخلاف .

فالاشكال والخلاف ــ لوكان ــ انما هو في القسمين الباقيين وان شئت

جعلتهما قسماً واحداً وهو ما اذا كان المخبرية من المحسوسات على أحد الوجهين لكن كان مستند الاخبار هو حدس المخبر بأن أخبر بمجيىء زيد مع العلم بأنه لم يره ولم يحضره ، أو أخبر بعدالته مع العلم بأنه لم يعاشره ولم يره بل انما حصل له العلم باخبار جماعة كثيرة بمجيئه وعدالته مثلا .

فالمعروف ـ بل لاخلاف ممن نعرف عدا الاردبيلي «قده» ـ في باب الشهادة عدم العبرة بحيث اشترطوا استناد الخبر الى الحس ، وعليه فرّعوا عدم اعتبار الشهادة الحدسية والعلمية، ويدل عليه أمور ثلاثة : الأصل والاجماع ومادة الشهادة على مادعى نظراً الى أنه مأخوذ من الشهود وهو بمعنى الحضور فلايصدق بمجرد العلم الغير الحاصل من الحس والحضور في القوة المدركة .

هذا في باب الشهادة والموضوعات ، وعلى هذا القياس الاحكام أيضاً لانه وان لم يجر فيها الوجه الثالث الا أن في الاولين كفاية مضافاً الى ما في الاخير من المناقشة . والعمدة هو الاصل ، وليس في مقابله الا اطلاق أدلة حجية الخبر الواحد وقد تقرر في محله أنه لااطلاق فيها ينهض باثبات حجية خبر الواحد المستند الى الحدس ، كما حققه شيخنا العلامة « قده » في الاجماع المنقول وعليه فرع عدم حجيته ، لكون الاخبار بقول الامام عليه السلام فيه مستند الى الحدس دون الحسّ .

هذا كله اذا علم ذلك . أما اذا شك فيه بأن أخبر بالمحسوس ولم يعلم أن مستند الخبر هو الحس أو الحدس فهل يقبل اذا كان شهادة ويعمل به اذا كان رواية أولا ؟ فلابد من بيان حكم مورد الشك، مقتضى القاعدة عدم العبرة به واشتراط استناده الى الحس، لان المفروض أن المعتبر هو الخبر الحسي دون الحدسي فالمشكوك أمره دائر بين الحجية وعدمها. لان الشك في الموضوع شك في الحكم فلا حكم مع الشك في موضوعه لانه تابع لموضوعه ، فالمرجع هو الاصل وهو

يقتضي عدم الاعتبار الا أن الظاهر أنه مخالف لعمل الاصحاب في باب الشهادة حيث أنهم لايجعلون مجرد الشك مانعاً ولا يوجبون الاستفصال عن المستند بل بنائهم على قبول الشهادة الا اذا علم استناده الى الحدس وهو لاينطبق على القاعدة لعدم جواز اثبات الحكم مع الشك في الموضوع .

وقصوى ما يمكن أن يقال وجهاً لجواز العمل بالخبر عند الشك في الاحكام طريقان فان تم أحدهما أمكن القول به في الموضوعات أيضاً . اما بدعوى الاولوية أو تنقيح المناط .

(الاول) ابتنائه على جواز التمسك بالعام في الشبهات المصداقية .

فيه : مالا يخفى ، أولا لضعف المبنى كما حقق في محله ، وثانياً : لانه لو سلم فلاربط له بالمقام لان التمسك بالعام في الشبهة المصداقية ـ ان قلنا به ـ فانما هو في مثل التخصيص المتصل ، كما اذا قال : « أكرم العلماء الا الفساق» أوفي التخصيص المنفصل ، كما اذا قال : «أكرم العلماء» ثم قال : «لاتكرم الفساق» .

فاذا شك في اندراج الموضوع تحت المخصص وعدمه فهو موردالخلاف، أما في مثل التخصيص بالوصف ، نحو : «أكرم العالم العادل» فهو خارج عن محل البحث والخلاف . فلا يجوز التمسك بالعام عند الشك في الاندراج لانه أشبه شيء بالشك في التخصص لاالشك في التخصيص .

وبعبارة أخرى : هوشك في أصل موضوع العام لافي مصداق المخصص بعد احراز عنوان العام فهو من قبيل مالو قال : «أكرم العلماء» وشك في أن زيداً مثلا عالم أو جاهل . ولامجال فيه للتمسك بالعام أصلا ولايقول به أحد قطعاً لان الحكم تابع لموضوعه فكيف يثبت مع عدم احرازه. والشك فيه ومانحن فيه من هذا القبيل، اذليس لنا دليل عام دلّ على حجية الخبر مطلقاً ثم خرج عنه الخبر المستند الى الحدس بالاستثناء أو بدليل منفصل بل موضوع أدلة اعتبار الخبر ـ لفظية كانت

أو لبية ــ هو خصوص الخبر المستند الى الحس من أول الامر ولا عموم له يشمل ما عداه أصلا فالشك في الاندراج شك في أصل موضوع دليل الاعتبار لاشك في مصداق المخصص ولامسرح للعمل بالعام فيه اتفاقاً فهذا الطريــق لاثبات حجية الخبر المشكوك الحسية باطل لاجدوى له .

(الثاني) أن يقال: أن الاصحاب قد أطبقوا كافة قولا وعملا على حجية الاخبار المدونة في الكتب الاربعة والاصول الاربعمأة .

وقد ادعيت الاجماعات المستفيضة فصار اعتبارها للاجماع محصلا ومنقولا.

وهذه الاخبار ــ التي قام الاجماع فيها على الاعتبار بحيث لايقبل للانكار ــ ليست ــ جلا أو كلا ــ خالية عن الشبهة المذكورة ، لان احتمال كونها مستنده الى الحدس متطرق فيها غالباً ولاينفك عن هذا الاحتمال الا النادر منها .

فلو بني على عدم اعتبار الخبر المشكوك الحال كما تقتضيه القاعدة لم يبق مورد للاجماعات أصلا ولزم تنزيل معقد الاجماعات المنقولة على الفرد النادر وهو باطل . فيكشف ذلك عن كون المشكوك حجة وان حاله حال ما علم استناده الى الحس في الاعتبار .

فمقتضى القاعدة وان كان هو عدم اعتبار المشكوك لدوران أمره بين الحجة واللاحجة ، الا أن تلك الاجماعات بنفسها دليل على اعتبار المشكوك حذراً عن خلوها عن المورد أو تنزيلها على الفرد النادر .

هذا لكن يدفعه منع الصغرى لانها مجرد دعوى لابينة ولا مبينة بل خلافها معلوم لان غالب تلك الاخبار بل أغلبها ــ الا ماشذ وندر ــ من قبيل : (سـألت) و(قلت) ، و(سمعت) و(قلت له كذا) و(فقال كذا) .

ولا مسرح في أمثال ذلك ، لاحتمال الحدس اذ لولا الحس لزم كـون مثل هذه التعبيرات كذباً . فالامر فيها دائر بين الاستنـاد الى الحس وبين الكذب

اذ على تقدير الصدق لامسرح لها الا الحس ، فليس الامر فيها على تقدير الصدق دائراً بين الحس والحدس .

والخبر المشكوك ـ الذي هو محل البحث ـ عبارة عما دار أمره على تقدير الصدق بين استناده الى الحس أو الحدس كما اذا قال الراوي: قال الامام كذا ، وروي كذا واحتمل أنه علم بقول الامام (ع) وصدوره عنه من طريق الحدس من دون سماعه منه ومثل ذلك أقل قليل في الاخبار لم يعلم شمول الاجماعات لمثله اذ لو فرض مثله وتطرق فيه الاحتمال ، فلمنع الاجماع على العمل به مجال واسع ، فلا علم لنا بقيام الاجماع على اعتباره بحيث يصير ذلك أصلا كلياً على اعتبار الخبر المشكوك الحال .

فدعوى تطرق شبهة الحدسية الى جل الاخبار المدونة ممنوعة بل جلها ـ لولا كلها ـ خالية عن هذه الشبهة لكونها معلوم الحسية ، فثبت أن الاصل عدم اعتبار الخبر المشكوك في باب الاحكام .

وقد يقال : أن الاصل في الخبر اذا كان متعلقاً بالمحسوسات هو أن يكون مستند الاخبار بها هو الحس دون الحدس بدعوى أن ظاهر الاخبار هو ذلك، فانه اذا قال : أحد قال فلان : كذا ، أو فعل كذا ، أو جاء زيد ، أو أكل ، ونحوها من الاخبار بالمحسوسات ، فالمتبادر منه عرفاً هو أن المخبر رأى وأحس بالمخبر به وشاهده لا أنه علم به بالحدس والاجتهاد أو غيرهما من اسباب العلم فيدعى أن اللفظ بنفسه ظاهر في ذلك فيكون حجة لقيام الاجماع على اعتبار الظواهر اللفظية المستندة الى الالفاظ .

وفيه : منع واضح ، اذ لا مستند لهذا الظهور أصلا لانه ليس ظهوراً وضعياً في شيء . وقد يدعى أنه ظهور عرفي وهو لايسمع اذ لا وجه للظهور بلا سبب فانا اذا راجعنا الى وجداننا لم نر لهذا الظهور مدركاً ،فهو مجرد الدعوى ومجازفة .

فصار الاصل في الاخبار عدم اعتبارها عند الشك والاحتمال . هذا كله في باب الاحكام .

وأما في باب الشهادات والموضوعات فقد عرفت أن بنائهم على عدم وجوب الاستفصال وجواز العمل بالشهادة عند الجهل بالحال وعدم الاعتناء بالشك والاحتمال . ويمكن تصحيحه والتمسك له بوجهين:

أحدهما : أنه من باب أصالة الصحة لان الشهادة من قبيل الاسباب لاعتبارها من باب الموضوعية لامجرد الطريقية المحضة فيدور أمرها عند الشك بين الصحة والفساد ولان الشهادة الصحيحة المقبولة عند الحاكم المترتب عليها الاثر بعد البناء على اشتراط استنادها الى الحس هو خصوص ذلك يتحمل المشكوك عليه لان أصالة الصحة أمارة على الصحة الواقعية لا الصحة عند ... فلو فرض الشاهد ــ مثلا ــ على عدم اشتراط الحس في حجية الشهادة واعتبار الشهادة الحدسية تقليداً أو اجتهاداً فلا يمنع ذلك من الحمل على الصحيح الواقعي متى احتمل ذلك للزوم الحمل عليه عند الشك .

ثانيهما : أن الاصل في الشهادة أن يكون مستنده الى الحس اذا كانت متعلقة بالمحسوسات لانها الغالب فيلحق المشكوك بالاعم الاغلب والغلبة بنفسها وان لم تكن حجة معتبرة الا أنها بضميمة بناء الاصحاب وعملهم على عدم الاستفصال بجعلها صالحة للاتكال . ولعله هو الوجه في دعوى الظهور العرفي ، لان الغلبة موجبة للظن فيتخيل أنه ظن وظهور مستنده الى اللفظ غفلة عن حقيقة الحال وأن منشأه الغلبة وصيرورتها منشأ لظهور اللفظ لايخلو من المنع والاشكال .

وكيف كان فالاقوى عدم اشتراط احراز استناده الى الحس وعدم وجوب الاستفصال . فالاصل هو القبول الا اذا علم استنادها الى الحدس والاجتهاد سواء علم استنادها الى الحس أو شك فيه . وأما في باب الاحكام فالامر[?] بالعكس ، فالاصل

عدم قبول الخبر الا اذا علم استناده الى الحس .

ثم لايخفى أن المرسلات ليست من موارد الشك والاشتباه ، اذليس في مواردها رواية مشتبهة الدلالة احتمل استناد المرسلين في نقلهم الى الاجتهاد في فهم تلك الرواية واستباطهم منها واعمال الحدس فيها ، بل مورد تلك المرسلات الخلو عن وجود الرواية المشتبهة الدلالة وليس في البين الاتلك المرسلات ، ونقلها مستند الى الحس دون الحدس ، فهي حجة بعد العمل والانجبار بما يصلح للحجة والاعتبار . ولاتجري فيها تلك الشبهة لانها مستندة الى الحس لا الحدس كسائر الاخبار ، غاية الامر سقوط سلسلة السند فيها بعضاً أو كلا ، وهو أمر آخر لاربط له بجهة احتمال الاستناد الى الحدس دون الحس .

وقد يناقش فيها بضعف السند والدلالة . أما الاول : فبالارسال . وأما الثاني: فباحتمال كون المنقول فيها هو مضمون الرواية ومدلولها لانفسها وألفاظها .

ويندفع الاول : بأنا لانعمل بها الابشرط حصول الانجبار وعمل الاصحاب.

والثاني : بأن المنقول اما هو اللفظ وقول الامام عليه السلام ، أو مضمونه ومعناه بلفظ مرادف ، كماهو الحال في جميع الاخبار، والنقل بالمعنى خارج عن الاخبار بالمعقولات بل داخل في المحسوسات ، لانه مماله مبادىء محسوسة وقدعرفت أن حكمه حكم ماكان نفسه من المحسوسات. وكيف كان فالمرسلات حجة لشرائطها تعبداً بالنقل والحكاية ، لان عدم الوجدان لايدل على عدم الوجود . فانحصر مورد الاشكال بغيرها وهو ما اذا كان في البين رواية مشتبهة الدلالة ونسب الحكم الى الرواية واحتمل كونه مستنداً الى الحدس والاجتهاد في فهم تلك الرواية المشكوكة الدلالة ، أو كونه مستنداً الى رواية أخرى ـ سواها ـ مبنية على الحس ، فيتطرق فيه كلا الاحتمالين لامحالة .

وما نحن فيه من هذا القبيل، لوجود بعض مايصلح سنداً للناقل باعمال الحدس

والاجتهاد في دلالتها من الاخبار المشتبهة الدلالة ، وهو أخبار خيار الحيوان مثلا، فيحتمل أن يكون نسبة الشيخ الحكم في المسألة ـ الى الرواية والاخبار ـ مستندة الى هذه الاخبار بزعم أنه يستفاد ويستنبط منها قاعدة كلية كما أنه يحتمل استنادها الى وجود أخبار أخر سواها لم نظفر بها .

ومع تطرق الاحتمالين تسقط عن الاعتبار ، لانا لم نحرز من نقله وجود أخبار أخر سوى أخبار الحيوان حتى نتعبد بروايته ونقله . فما ذكره جماعة من جعله بمنزلة سائر المراسيل ـ لان عدم الوجدان لايدل على عدم الوجود مدفوع بما عرفت من الفرق ، اذ لو لم يكن في البين الا الرواية المرسلة ولم يكن في البين رواية مشتبهة الدلالة، احتمل اعمال الاجتهاد فيها ، فنتعبد بنقل المرسل وحكايته . لان عدم الوجدان لايدل على الوجود .

أما اذا كان في البين رواية مشتبهة الدلالة ، احتمل الاستناد اليها بالحدس والاجتهاد فلا الا لان عدم الوجدان ـ حينئذ ـ يدل على عدم الوجود، بل لانه كما لايدل عليه لايدل على الوجود أيضاً . فلم يحرز حينئذ رواية أخرى سوى ما في البين من الرواية المشتبهة الدلالة ، فكيف نتعبد بنقله وحكايته .

فظهر من جميع ما ذكرنا : أن حكاية وجود الاخبار عن الشيخ ليست صالحة للاعتماد وليست بمنزلة سائر المرسلات حتى يعول عليها لحصول شرط الاعتبار وهو العمل والانجبار ، بل الاعتماد حينئذ على نفس الجابر لا على المنجبر لعدم وجود رواية مرسلة رأساً فضلا عن انجبارها بالعمل .

هذا لو لم ندع العلم بذلك ، والا نظراً الى خلو الشك بين المودعين لنقل الاثار عنها رأساً فيحصل العلم أو الظن القوي باستناد هذا النقل من الشيخ في اجتهاده من أخبار خيار الحيوان فالامر أوضح .

فحينئذ الاقوى ما عليه المشهور من البطلان في صورة الاطلاق للغرر

والجهالة وعدم تحديد شرعي رافع للغرر موضوعاً أو حكماً .

(الامر الخامس) في مبدأ هذا الخيار ، هل هو العقد أو التفرق ، أو بعد الثلاثة في الحيوان ، مثلا ؟

فالمشهور على الاول ، وعن الشيخ والحلي : أن مبدأه التفرق . وقد تقدم الكلام فيه مفصلا ـ قولا ودليلا ـ في خيار الحيوان ، لكن الكلام هناك انما هو في مفاد الادلة الشرعية ، لان خيار الحيوان حكم تعبدي . وهذا بخلاف المقام لان الخيار هنا ثابت بجعل المتعاقدين فهو تابع للاشتراط ،وقد عرفت أنه ليس له حد مضبوط بل منوط بجعل المتعاقدين كماً وكيفاً ، فلامعنى للخلاف الا النزاع الصغروي فيصورة الاطلاق .

فنقول : أنه اما أن يصرح بتعين المبدأ فيجعل الخيار من حين العقد ، أو يصرح به ويجعل من حين التفرق أويطلق ولايعين شيء منهما . لاخلاف فيالاول صحة، ولا في الثانيفساداً ، للغرر. انما الخلاف في الاخير.

واستدل القائلون بأن مبدأه التفرق لما مر في خيار الحيوان من الوجوه العقلية وغيرها من امتناع تداخل الاسباب وأولوية التأسيس من التأكيد وكون الخيار عبارة عما لولاه للزم، وغيرها ممامر، لكن الفرق هنا في شيئين، أحدهما: انتصار لهذا القول والاخر : رد عليه .

أما الاول : فقد ينتصر له بما ذكره شيخنا العلامة « قده » من أن المتبادر من جعل الخيار جعله في زمان ـ لولاه ـ للزم العقد لظهور حال المتعاقدين في ذلك اذ لايتعلق غرض مهم بجعله في زمان الخيار بل هو لغو ، فينصرف الاطلاق بشهادة ظهور الحال الى زمان لزوم العقد لولا الاشتراط وهو بعد التفرق، ولازمه كونه في الحيوان بعد الثلاثة لكنه ـ لو تم ـ فانما يجري في صورة العلم بثبوت خيار المجلس ، اذ مع الجهل لاوجه لدعوى ظهور الحال .

وأما الرد: فهو ماذكره صاحب «الجواهر» وجماعة من مشائخ الفقهاء المتأخرين من انتقاضه بما لو صرح بالمبدأ وجعله من حين العقد لانهم صرحوا فيه بالجواز. فلو كان ثبوت الخيار في العقد الجائز بسبب خيار آخر أمراً محالا كما يقضي به ما ذكروه من الوجوه العقلية، لزم بطلانه مع التصريح بذلك لان التصريح لايجعل المحال ممكناً.

وزاد عليه بعض المشائخ وجهاً آخر وهو ما ورد في أخبار خيار الحيوان من السؤال عما لو شرط فيه الخيار يوماً أو يومين، فقال عليه السلام: ان التلف في الثلاثة على البائع شرط أو لم يشرط. لانه يدل على أن مبدأ خيار الاشتراط هو العقد والا لم يكن وجه لتخصيص الحكم المذكور بالثلاثة بل اللازم أن يقال: التلف في الاربعة أو الخمسة عليه وفي كليهما نظر.

أما الانتصار: فلان ظهور الحال انما يقتضي بأن الغرض متعلق باكثار زمان الخيار وازدياده، أما كون مبدأه التفرق فلا، اذ لولا الشرط لانقطع الخيار بانقضاء المجلس، فالغرض من الشرط ابقاء الخيار بحيث لاينقطع بانقضائه، ويبقى بعده أيضاً. وهذا لاينافي كون مبدئه العقد، لتعلق الغرض حينئذ بالزيادة ومعه تنقطع اللغوية لان اكثار زمان الخيار غرض مهم عقلائي فكيف يدعي اللغوية وظهور الحال.

نعم لو عين مقداراً لايزيد عادة عن المجلس فظهور الحال قاض بكونه بعده لحصول اللغوية حينئذ. أما دعوى ظهور الحال مطلقاً على سبيل الكلية فلا، لان ازدياد زمان الخيار كاف في اندفاع ظهور الحال، بل هو الذي يقضي به ظهور الحال.

وأما الرد، ففيه: أن قياس الاطلاق بالتصريح قياس مع الفارق، اذ لو صرح بالمبدأ وجعله من حين العقد فهو قرينة على أن غرضه متعلق بمقدار الزيادة عما كان له الخيار، فاذا قال: ولي الخيار من حين العقد الى ثلاثة أيام ـ مثلا ـ

فتصريحه به قرينة على أن غرضه متعلق باكثار الخيار وازدياده حتى يبقى خياره بعد التفرق أيضاً .

وأما لو أطلق أو لم يعين المبدأ فلا قرينة على ذلك، والوجه العقلي وظهور الحال حينئذ يبقيان بلا مانع وصارف وهما قاضيان بثبوت الخيار له بمقدار مانعيته من المدة ، فاذا قال : ولي الخيار ثلاثة أيام ، فلا قرينة على اسقاط بعض أجزاء الثلاثة، بل لابد من ثبوت الخيار له في تمام الثلاثة عملا بظاهر لفظه في البين . فالوجه العقلي وظهور الحال يقضي بارادته الثلاثة من حين التفرق اخراجاً له عن اللغوية .

والحاصل أنه مع التصريح بالمبدأ لامسرح للوجه العقلي ولالظهور الحال لان التصريح قرينة على تعلق الغرض بالازدياد . وهذه القرينة مفقوده في صورة الاطلاق فيجري فيها الوجه العقلي أو ظهور الحال القاضيان بكون مبدأه التفرق.

نعم يرد عليه : أن الوجه العقلي باطل مما مر في خيار الحيوان ، وظهور الحال أيضاً مدفوع بالمنع لما عرفت آنفاً، وحاصله: أن اكثار الزمان بنفسه غرض لاينافي ظهور الحال ، غاية الامر أنه مع التصريح نعلم بتعلق الغرض بذلك ، وفي صورة الاطلاق ليس هذا معلوماً ، لعدم التصريح به ، لكن لاينافيه أيضاً فلا وجه لصرفه الى مابعد التفرق .

وأما ماورد في أخبار خيار الحيوان : فلادلالة له على المدعى بوجه، اذ للخصم أن يقول : أنه من جهة اشتراطه اليوم أو اليومين متصلا بالعقد، فجواب الامام عليه السلام دليل على بطلان هذا الشرط، لكونه لغواً لافائدة له لثبوت الخيار له في الثلاثة، سواء شرط أو لم يشترط ، وهذا لايدل على كون مبدأه العقد مطلقاً ولو في صورة الاطلاق الممكن تنزيله على مابعد التفرق لظهور الحال خروجاً عن اللغوية .

فالعمدة ماعرفت من منع ظهور الحال ولزوم اللغوية فلامانع من كون مبدأه العقد

ولاقرينة بصرف الاطلاق الى مابعدالتفرق ، مضافاً الى أن صرفه اليه يوجب الغرر والجهالة ، لانزمان التفرق مجهول .

نعم قديستدل على كون المبدأ بعد التفرق بالاخبار الواردة في أن تلف المبيع في أيام خيار الشرط على البائع ، اذ لو جعل المدة من حين العقد كان مقتضى اطلاق تلك الاخبار كون التلف على البائع مطلقاً، سواء حصل التلف قبل التفرق أو بعده وهو مناف لقاعدة كون التلف في الخيار المشترك على المشتري وموجب لتخصيصها .

فلابد من احتساب المدة من حين التفرق، ليكون التلف بعده تلفاً في الخيار المختص تطبيقاً على القاعدة من كون التلف في الخيار المختص على من عليه الخيار وحذراً عن تخصيص قاعدة كونه فى الخيار المشترك على المالك دون البائع ، لان التخصص أولى من التخصيص .

وهذه الاخبار كثيرة ، منها : ذيل صحيحة ابن سنان ، قال عليه السلام : وان كان بينهما شرط أياماً معدودة فهلك في يد المشتري فهو من مال البائع. ومنها : رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله ، قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن الرجل اشترى من رجل يشترط يوماً أو يومين فمات عنده وقد قطع الثمن ، على من يكون ضمان ذلك ؟ قال عليه السلام: ليس على الذي اشترى ضمان حتى يمضي بشرطه .

وقد مرّ نظير هذا الاستدلال في خيار الحيوان حيث استدلوا بما دل على على كون التلف في الثلاثة على البائع كون مبدأه بعد التفرق لئلا يلزم تخصيص القاعدة المذكورة .

لكنا اجبنا عنه هناك بأن الامر وان كان كذلك الا أن الحمل على التخصص مستلزم للتجوز في أخبار خيار الحيوان لظهورها في كون الثلاثة أيام متصلة بالعقد، فيدور الامر بين التخصيص والمجاز ، والاول أولى .

وهذا الجواب لايجري في المقام، اذ ليس لخيار الشرط دليل يدل على كون مبدأه بعد العقد ، بل دليله هو عموم (المؤمنون عند شروطهم) فيمحض الامر في الدوران بين التخصيص والتخصص في أخبار التلف من دون استلزام الثاني تجوزاً أصلا . فيكون متعيناً ولازمه كون المبدأ بعد التفرق .

والجواب عن هذا الوجه منحصر بماذكره استاذ الاساتيذ شيخنا العلامة «قده» هنـاك من كون هذه الاخبار محمولة على الغالب ، وهو كون التلف بعد التفرق لان حصول التلف قبل التفرق نادر جـداً فلاينصرف اليه الاخبار ، فمبدأ الخيار هو العقد الا أن التلف انما يكون على البائع اذا حصل بعد التفرق .

أما قبله فعلى المشتري لوقوعه في الخيار المشترك وخروجه عـن منصرف الاخبار لكنه مبني على كون غلبة الوجود موجبة للانصراف، وهو وان كان خلاف المشهور لان بنائهم على كون سبب الانصراف هو غلبة الاستعمال لاغلبة الوجـود الا أن مقتضى التحقيق المحقق في الاصول كون غلبة الوجود أيضاً سبب للانصراف وحينئذ فالاقوى كون المبدأ هو العقد لا التفرق . والله العالم .

(الامر السادس) انه لاخلاف في أنه كما يجوز جعل الخيار لاحد المتعاقدين أو لهما معاً ، كذلك يجوز جعلـه واشتراطه للاجنبي منفرداً أو منضماً مع أحـد المتعاقدين أو معهما ، الا أن الكلام في أن جعل الخيار للاجنبي هل هـو تمليك أو توكيل أو تحكيم . وتظهر الثمرة في أمور :

منها : ثبوت الخيار للشارط أيضاً على التوكيل دونهما .

ومنها : قابليته للاسقاط على التمليك دون التوكيل والتحكيم .

ومنها: أنه لو مات الاجنبي فعلى التمليك ينتقل الى ورثته ، لان كل ما تركه الميت من حق فهو لوارثه ، وعلى التوكيل ينتقل الـى الشارط ، وعلى التحكيم يسقط رأساً لانه مجرد احداث حكم شرعي لموضوع ، فيسقط بانتفاء الموضوع

وليس في كلماتهم ما يدل على شيء منها .

نعم للشهيد في «اللمعة» كلام مشتبه المراد، بل ظاهره محل للايراد وتصحيحه مبني على حمله على التوكيل ، قال «ره»: ويجوز اشتراطه لاحدهما ولكل منهما ولاجنبي عنهما أو عن أحدهما . انتهى .

ويشكل بأن ذكر عنهما أو عن أحدهما مستدرك لاحاجة اليه أصلا الابناء على كون هذا الجعل توكيلا ، اذ يصح حينئذ أن يقال: أن هذا التوكيل امايكون عن أحدهما أو يكون عنهما اما بناءاً على التحكيم، فلا معنى له ولاثمرة لهما أصلا.

وقد يوجه بوجه آخر، وهو جعل (عن) متعلقاً بالاجنبي ـ أي أجنبي عنهما أو أجنبي عن أحدهما ـ والمراد بالاول هو الثالث الخارج عن المتعاقدين ، وبالثاني هو أحد المتعاقدين لانه أجنبي عن أحد المتعاقدين .

وفيه : أنه موجب للتكرار ، لان جعل الخيار لاحد المتعاقدين قد سبق في صدر كلامه بقوله (ويجوز اشتراطه لاحدهما) فذكره ثانياً تكرار محض ، مضافاً الى أنه لاوجه للتعبير عنه بمثل هذا التعبير المشابه بالالغاز والمعميات .

وكيف كان فالمرجع في تعيين أحد الوجوه الثلاثة هو مدرك المسألة ،وهو (المؤمنون عند شروطهم) ومقتضاه هو التحكيم ، وذلك لان مفاده هو الحكم التكليفى وهو وجوب الوفاء بالشرط .

وأما الحكم الوضعي وهو كون الخيار المشترط حقاً فهو منتزع من التكليف في المورد القابل ، فان كان الخيار لاحد المتعاقدين كان ذلك حقاً له على صاحبه لرجوع فوائده وثمراته اليه اما اذاكان شخصاً آخر أجنبياً عنهما فلايعقل حدوث حق له اذ لا فائدة راجعة اليه بل فائدة الخيار راجعة الى المتعاقدين فلامعنى لكونه حقاً للاجنبي أصلا ولازمه سقوطه بموته لان الثابت بمفاد (المؤمنون) مجرد تكليف بوجوب العمل بقوله فسخاً وامضاءاً وهو تابع لموضوعه فينتفي بانتفائه.

وهذا هو المراد بالتحكيم فيبطل احتمال التمليك والتوكيل .

وان شئت قلت : ان كلا من التمليك والتوكيل فرع ثبوت الخيار أولا لاحد المتعاقدين حتى ينتقل الى الاجنبي تمليكاً أو توكيلا ، وليس الامر كذلك ، لان الخيار ليس ثابتاً قبل الشرط وبدونه بل انما يحدث بسبب الشرط وهو تابع للاشتراط فاذا جعل الخيار بالشرط للاجنبي ابتداءاً فهو ذو الخيار أولا وبالذات بمقتضى الاشتراط لأن الخيار ثبت أولا لاحد المتعاقدين ثم ينتقل الى الاجنبي لان ذلك خارج عن مفاد الشرط وجعله للاجنبي .

فلا وجه لشيء من التمليك والتوكيل بل يتعين التحكيم ثم ان جعل الخيار لكل من المتعاقدين فان اتفقا في الفسخ والامضاء فهو ، وان اختلفا فقد حكموا بتقديم الفاسخ ـ تقدم فسخه أو تأخر ـ وذلك لانه متى كان الخيار لمتعدد فان كان خياراً واحداً قائماً بالمجموع كالوكيل والموكل مثلا كان الحكم للمتقدم منهما اجازة كان أو فسخاً لفوات المحل به فلو كان المتقدم اجازة سقط الخيار رأساً وصار العقد لازماً ، وان كان فسخاً فقد انفسخ العقد .

وكيف كان فلا أثر للمتأخر منهما ، وان كان فسخاً ، لارتفاع المحل .وان كان الخيار متعدداً كخيار المجلس الثابت للبائع والمشتري كان الفاسخ مقدماً وان كان مؤخراً .

أما اذا كان مقدماً فلانتفاء موضوع الاجازة بالانفساخ . وأما اذا كان متأخراً فلان اجازة المجيز مرجعهما الى عدم تشبثه بحقه واسقاطه له فيبقى حق صاحبه بحاله ، فاذا فسخ العقد انفسخ فيؤثر أثره وان تأخر ، ولازمه كون الفسخ في المقام أيضاً مقدماً على الاجازة في صورة الاختلاف لتعدد الخيار بسبب الاشتراط وجعله لكل منهما كما هو المشهور .

الا أنه يستفاد الخلاف هنا مما حكي عن ابن حمزة في «الوسيلة» من اعتبار

اجتماعهما في الفسخ والامضاء ، قال على ما حكي عنه : فان اجتمعا ــ أي المتعاقدان ــ على فسخ أو امضاء نفذ ، وان لم يجتمعا بطل ، وان كان لغيرهما ــ أي للاجنبي ــ ورضي نفذ البيع ، وان لم يرض كان المبتاع بالخيار بين الفسخ والامضاء . انتهى .

وهذا الكلام اشتمل على جزئين .

أما الجزء الاول : فيحتمل وجهين «أحدهما» أن يرجع ضمير قوله (بطل) الى (العقد) يعني ان لم يجتمعا واختلفا بطل العقد فينطبق حينئذعلى قول المشهور من تقديم الفسخ على الاجازة .

«وثانيهما» أن يرجع الى (قولهما) كما هو الحال في قوله (نفذ) اذ لا وجه لرجوعه الى العقد بل يتعين رجوعه الى القول من الفسخ والامضاء يعني ان اجتمعا نفذ قولهما في الفسخ والامضاء وان اختلفا بطل قولهما وسقطا عن التأثر فيكون حينئذ مخالفاً للمشهور لدلالته على اعتبار اتفاقهما في الفسخ والامضاء فلا أثر لقولهما مع الاختلاف وهو مخالف للمشهور من تقديم الفسخ على الاجازة .

فحقيقة أصالة الصحة وحمل الكلام على الوجه الصحيح هو الاول ومقتضى قرينة اتحاد السياق واتحاد مرجع الضميرين هو الثاني . فان حمل على الاول لاصالة الصحة فهو ، وان حمل على الثاني بقرينة اتحاد السياق ، فلابدّ له من التوجيه اخراجاً له عن وضوح الفساد لانه أولى من المبادرة على الايراد .

وربما يوجه بأن الظاهر المتبادر من اشتراط الخيار لهما جعله لهما معاً على صفة الاجتماع لالكل منهما على وجه الاستقلال ،فيعتبر حينئذ اجتماعهما في الفسخ والامضاء ولا أثر لهما مع الاختلاف عملا بالشرط الظاهر في اعتبار الاجتماع ، وأورد عليه بمنع الشرط في ذلك بل هو ظاهر في الاستقلال كما لو قال (زيد وعمرو وكيلاي)فانه ظاهر في استقلال كل في الوكالة فينفذ التصرف السابق منهما ولا

أثر للمتأخر ولا يعتبر اجتماعهما واتفاقهما في التصرف .

وفيه : منع ظهوره في الاستقلال ، بل الامر بالعكس وقياسه بالمثال قياس مع الفارق . بل هذا نظير ما لو قال (زيد وعمرو وكيلي) بصفة المفرد لاالتثنية. ومن الواضح أنه ظاهر في اعتبار الاجتماع لافي الاستقلال فكذا الحال في المقام .

فالاولى في الايراد على هذا التوجيه هو أن يقال : أن القرينة هنا قائمة على ارادة الاستقلال وعدم اعتبار الاجتماع وذلك لان اتفاقهما في الفسخ مؤثر بدون الشرط أيضاً لكونه اقالة موجبة للانفساخ فلايحتاج الى الشرط ،فحمله عليه فوجب للغوية الشرط ، اذ لايترتب عليه أثر ، بل هو تحصيل للحاصل .

فان قلت :لاضير في ذلك ، غاية الامر أن الشرط يكون حينئذ مؤكداً لما هو حاصل بدونه ، والشرط المؤكد أمر ممكن سائغ كمالو اشترط في البيع التعجيل فانه مؤكد لما ينصرف اليه الاطلاق بدون الاشتراط .

قلت : الشرط المؤكد لامعنى له الا اذا فرض له بعض الفوائد كما هو الحال في المثال لانه يؤثر في ثبوت الخيار للبائع لو تخلف المشتري عن الشرط . وهذه فائدة لم تكن حاصلة بدون الاشتراط ، فلا ضير في اشتراط التعجيل لهذه الفائدة واشتراط الخيار لهما معاً على صفة الاجتماع لاتترتب عليه فائدة اصلا حتى فائدة تخلف الشرط لان هذا الخيار ثابت لهما مجتمعاً دائماً فلا يعقل فيه أثر للتخلف أصلا فشرطه لغو محض وظهور الحال قاض بخلافه فلابد من حمله على الاستقلال اخراجاً لفعل العاقل عن اللغوية . وحينئذ فلا وجه لاعتبار اجتماعهما في الفسخ والامضاء بل المتعين ما ذكروه من تقديم الفسخ مع الاختلاف .

وأما الجزء الثاني : فهو أيضاً مشتبه المراد ومورد للايراد ،لان قوله (لم يرض) أعم من الفسخ ، ومن المعلوم أن الفسخ يوجب زوال العقد فكيف يكون المبتاع

بالخيار . وان حمل قوله (لم يرض) على السكوت والتردد ، اندفع ذلك ، لكن يرد عليه أن مجرد عدم رضى الاجنبي المجعول له الخيار كيف يوجب رجوع الخيار الى المبتاع ، مع أنه لم يكن بالخيار أصلا ، بل انما كان ثابتاً للاجنبي ابتداءاً ، ثم أنه لاوجه لتخصيص الخيار بالمبتاع دون البائع لانه ترجيح بلا مرجح .

وتوجيهه وتصحيحه مبني على حمله على التوكيل بجعل اشتراط الخيار للاجنبي توكيلا لاتحكيماً . وفرض الكلام فيما لو كان الشارط الجاعل للخيار للاجنبي بالتوكيل هو المشتري دون البائع وذكره من باب المثال، فكأنه قال : كان الشارط بالخيار ، وحمل قوله «ان لم يرض» على السكوت والترديد لا الفسخ .

فبهذه المقدمات الثلاث يصح قوله (كان المبتاع بالخيار) لان المفروض أن الشارط هو المبتاع والمفروض أنه توكيل للاجنبي ، فاذا لم يرض الاجنبي الوكيل بالعقد وسكت كان المبتاع الموكل بالخيار بين الفسخ والامضاء .

وفيه: ما مر من بطلان أصل المبنى ، لان جعل الخيار للاجنبي تحكيم واحداث حكم شرعي له بمقتضى الاشتراط وليس توكيلا في شيء .

هذا اذا كان المراد بقوله : لغيرهما ، هو الاجنبي الواحد ، وقد حمله الفاضل الجواد على الاجنبي ، فأورد على كلامه بأنه تحكم .

ويرد عليه : أنه ان لم يرض أحدهما كان الخيار للشارط والاجنبي الاخر معاً لا لخصوص الشارط ، مضافاً الى انه لاوجه لاعتبار الاجتماع ان كان المتعدد هو المتعاقدان ، والاكتفاء بامضاء أحدهما ان كان هو الاجنبيان ولا وجه للقول بأنه ان لم يرض كان المبتاع بالخيار .

لكن فيه : أنه لاوجه لحمله على المتعدد ،بل هو ظاهر في الاجنبي الواحد كما فهمه الكل وتوجيهه ما عرفت مع ما فيه من الاشكال .

وقد يظهر مخالفة المشهور أيضاً من كلام الشهيد في «الدروس» ، قال ـ على ما حكي عنه ـ : ويجوز اشتراطه الاجنبي منفرداً ولا اعتراض عليه ، ومعهما أو مع أحدهما ، ولو خولف أمكن اعتبار فعله والا لم يكن لذكره فائدة . انتهى .

فان كان المراد بالفعل هو خصوص الفسخ ، صح اعتبار فعله ، وتعليله بأنه لولاه لم يكن لذكره فائدة ، الا أنه لاوجه لقوله : «امكن» بل ينبغي الجزم به ، لما عرفت من أن الفسخ مقدم مع التخالف .

وان كان المراد به أعم من الفسخ والامضاء صح قوله «أمكن» لان تقديم قوله مطلقاً فسخاً كان أو امضاءاً ، محتمل في مقابل عدم اعتبار امضائه مع فسخ الاخر ، الا أنه لاوجه لتعليله بما ذكر ، لان تقديم قوله مطلقاً ليس مستنداً الى لزوم اللغوية ، لحصول فائدة الذكر في اعتبار فسخه وان لم يؤثر اجازته فلا يلزم خلوه عن الفائدة .

وهل تجب على الاجنبي المجعول له الخيار مراعاة المصلحة أولا ؟ بل له الخيار والفسخ ولو تشهياً واقتراحاً بل ولو مع تضرر الشارط بالفسخ ؟

وجهان بل قولان : ظاهر المشهور هو الاول بل لم نر مخالفاً فيه الا ما ربما يستفاد من كلام الشهيد في «الدروس» ، حيث قال : ولا اعتراض عليه لدلالته على أن الامر راجع الى اختياره فليس لاحد الاعتراض عليه بعدم مراعاته للمصلحة .

وقد جزم شيخنا العلامة «قده» بذلك ، وقد بين المسألة على أنه جعل الخيار للاجنبي استئمان وتوكيل أو اعطاء منصب ، فالاول على الاول ، والثاني على الثاني وحيث قد عرفت أنه مجرد تحكيم واحداث حكم شرعي له بمقتضى قوله ﷺ : «المؤمنون عند شروطهم» فتتعين متابعة فعله ، سواء راعى المصلحة أولا .

والتحقيق : أن الامر وان كان كذلك ، بمعنى أن جعل الخيار تحكيم لا توكيل الا أنه مع ذلك يشترط مراعاة المصلحة لانه انما يجعل له الخيار على وجه يراعي

فيه المصلحة ، بأن يكون له السلطنة على الفسخ ان كان فيه مصلحة لامطلقاً فهو بحسب اللب والحقيقة استئمان وان لم يكن على وجه التوكيل ، فالسلطنة الشرعية الالهية الحاصلة له بسبب الاشتراط مشروطة بمراعاة المصلحة وليست مطلقة .

وهذا هو المراد بقولهم لانه أمين ويجب عليه تتبع المصلحة . فيندفع ما أورد عليه بأنه ليس وكيلا ، فكيف يكون أميناً اذ لا منافاة بين الاستئمان وبين التحكيم ، فالحكم الشرعى الحادث له بالاشتراط انما هو مشروط بالمصلحة لرجوعه في الحقيقة الى الاستئمان وان لم يكن توكيلا حقيقة .

(الامر السابع) أنه يجوز لهما اشتراط الاستئمار والمؤامرة وهما بمعنى واحد والمراد به اشتراط المشاورة من ثالث في الامضاء والفسخ ومتابعة قوله بأن يستأمر منه فيتبع أمره ، وحقيقته يرجع الى اشتراط الخيار لنفسه مطلقاً على أمر الثالث له بالفسخ . ولازمه أنه ان أمره بالامضاء وجب عليه الامضاء بمعنى عدم جواز الفسخ له لعدم المقتضي له . وان أمره بالفسخ كان له الخيار بين الفسخ والامضاء، لأنه يجب عليه الفسخ ، اذ ليس أمره هذا أمراً مولوياً شرعياً ، بل ارشادي .

فالمراد ثبوت الخيار له ان رأى المصلحة في الفسخ وأمره به ارشاداً فالشرط ليس شرطاً لحكم تكليفي وهو وجوب متابعة أمره بل معناه اشتراط الحكم الوضعي وهو ثبوت الخيار مشروطاً بأمره بالفسخ فان أمره بالفسخ حصل المقتضي للفسخ لحدوث الخيار له عنده بمقتضى الاشتراط .

وليس هذا تكليفاً بين الامر بالامضاء والامر بالفسخ في وجوب المتابعة والامتثال في الاول دون الثاني ، لان وجوب متابعة أمره بالامضاء انما هو من جهة وجوب الوفاء بالعقد لامن جهة وجوب امتثال أمره بالامضاء ، اذ لا أثر لهذا الامر بل حاله حال السكوت في عدم افادته شيئاً . أما اذا أمره بالفسخ ، فله السلطنة على الفسخ لحدوث الخيار له به .

وكيف كان فاذاً المستؤمر اما أن يفسخ أو يمضي قبل الاستئمار فيقول: فسخت ، مثلا ابتداءاً من دون المراجعة اليه، أو يفسخ ، أو يمضي بعد أمر المستأمر بالفسخ لكن من دون الاستئمار ، بأن يقول له ابتداءاً : افسخ ، أو امض ، فيفعل ذلك أو يفعل أحد الامرين بعد الاستئمار .

فهنا مسائل ثلاث

المسألة الاولى ـ وهو الامضاء أو الفسخ بدون الامر والاستئمار رأساً : فلا اشكال في عدم تأثيره أصلا ، فيكون لغواً محضاً ووجود ما يصدر معه كالعدم، لعدم حصول الشرط ، وهو الامر فلا خيار له ولا يؤثر فسخه. ولاخلاف فيه أيضاً الا ما نسب الى العلامة في «التحرير» كما عن أحد قولي الشافعي من جواز الرد له من غير أن يستأمر ، لكنه علل فيه بما يخرجه عن المخالفة ويخرج عن محل كلام القوم ، وهو أن الخيار ثابت له ، والاستئمار انما ذكر احتياطاً ، يعني أن المراد هو جعل الخيار لنفسه ابتداءاً ، الا أن الاستئمار استمهال لطلب الحال واستكشاف الصلاح والفساد ، فكأنه قال : ولي الخيار الا أني أستأمر زيداً في الاطلاع على المصلحة . فذكره لمجرد الاحتياط لئلا يقع في مخالفة الواقع .

فان كان هذا هو المراد فهو، الا أنه خروج عن الفرض لان الفرض من الاستئمار ـ كما مر ـ هو اشتراط الخيار معلقاً على أمره بالفسخ ،كما فهمه الكل . فالنزاع صغروي ، اذ لو علم ارادة ما ذكر من الوجه فيتم ماذكره من جواز الرد له ابتداءاً بدون الاستئمار .

ولا أرى أحداً يخالف فيه ، وربما حمل كلام «التحرير» على ما اذا رد بعد أمره بالترديد بدون الاستئمار، فيرجع الى المسألة الثانية ، وهو أيضاً توجيه حسن . وللشهيد في « اللمعة » أيضاً كلام محتمل المخالفة ، قال «ره» :واشتراط

المؤامرة ، فان قال المستأمر : فسخت أو أجزت ، فذاك ، وان سكت فالاقـرب اللزوم. انتهى.

لان ظاهره تأثير الفسخ والامضاء بدون الاستئمار بل ابتداءاً،وتوجيهه بأحد وجهين : اما قرائة المستأمر بالكسر وتقدير قوله : بعد أمره بالفسخ أو الاجازة بدلالة الاقتضاء كما في قوله تعالى(فانفجرت منه اثنتى عشرة عيناً) أي فضرب فانفجر، فالمراد أنه قال: فسخت أو أجزت بعد أمره باحدهما . أو قرائة المستأمر بالفتح وتأويل الاخبار بالانشاء بأن يكون المراد بقوله :فسخت أو أجزت: أمرتك بالفسخ أوالاجازة مع اضمار قوله : تفسخ أو أمضي ، يعنى ان قال المستأمر ـ بالفتح ـ: آمرك بالفسخ أو الامضاء ففسخ أو أمضي فذاك والظاهر هو الاول لبعد الثاني. وكيف كان فيخرج عن مفروض المسألة ، فلاخلاف فيهما.

المسألة الثـانية ـ لو أمره بالفسخ ابتـداءاً قبل الاستئمار : فالمشهـور أنه لاأثر لفسخه لعدم حصول الشرط ، وهو الاستئمار ، والمشروط عدم عند عـدم شرطه خلافاً لجملة من الاعاظم ، حيث حكموا بكفايته والاستغناء به عن الاستئمار نظراً الى أن الغرض من الاستئمار هو الاطلاع على رأيه ، فاذا حصل ذلك بدونه حصل الشرط، فالاستئمار طريق محض لاستكشاف رأيه ، ولاموضوعية له، وذكره من باب عدم حصول الاطلاع على رأيه غالباً بدونه فاذافرض حصوله بأمره ابتداءاً فلا حاجة الى الاستئمار . فالشرط في الحقيقة هو حصول الخيار له عند أمـره بالفسخ ، سواء حصل ذلك بالاستئمار أو لا .

وهوحسن الا أنه انما يتم لوكان الامر راجعاً اليهما وكان ذلك حقاً بينهما . ولم يكن غيرهما دخيلا أصلا . وليس الامر كذلك لانه أمر بين الثلاثة : المستأمر ـ بالكسر ـ والمستأمر ـ بالفتح ـ ، والثالث: وهومن عليه الخيار ، فله أن يقول: ان هذا خارج عن الشرط لان الشرط هوالسلطنة على الفسخ بعد الاستئمار والامر

بالفسخ بدونه ليس ما وقع التراضي عليه .

فالاقوى ماذهبوا اليه من عدم جواز الفسخ له لو أمره به ابتداءاً بدون الاستئمار .

المسألة الثالثة ـ فيما لو استأمره فأمره بالفسخ أو الامضاء : وحكمه أنه لو أمره بالامضاء وجب عليه الامضاء ، وان أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ ، بل له الخيار بينه وبين الامضاء .

والسر فيه أنه على الاول لامقتضى للفسخ لعدم حصول الشرط ، فينعدم لعدم شرطه ، فيجب عليه الامضاء لعدم المقتضي للفسخ . فوجوبه عليه ليس من أثر متابعة أمره ، لان أمره هذا لم يفد شيئاً بل حاله حال السكوت فيبقى العقد على حاله من اللزوم وهذا هو المراد بوجوب الامضاء عليه ، لا أن المراد وجوب امتثال أمره ، فمعنى وجوب الامضاء عليه عدم جواز الفسخ له لعدم المقتضي له ، وعلى الثاني يحدث له الخيار لما عرفت من أن اشتراط الاستئمار يرجع لبه الى اشتراط الخيار له معلقاً على أمره بالفسخ بعد الاستئمار . فاذا حصل الشرط حصل المشروط وهو الخيار .

وليس الشرط بمعنى وجوب متابعة أمره اذ ليس غرضه متابعة أمره وامتثاله تعبداً بل غرضه المشاورة ، فأمره به ارشاد محض بمعنى وجود المصلحة له في الفسخ ، فله الخيار ان طابق رأيه ووافق غرضه ، فمعنى اشتراط المشاورة في الفسخ اشتراط الخيار لنفسه ان رأى المستأمر ـ بالفتح ـ المصلحة في الفسخ ، ولايتعقل له معنى سواه .

وهذا هو ما فهمه الجل بل الكل من اشتراط المؤامرة والاستئمار ، وهذا مع وضوحه بالتأمل قد أوضحه شيخنا الاستاذ العلامة «قده» ببيان بيّن مبني على مقدمة مطوية في كلامه ، تركتها لوضوحها .

قال «قده» : وان أمره بالفسخ لم يجب عليه الفسخ بل غاية الامر ملك الفسخ

حينئذ ، اذ لامعنى لوجوب الفسخ عليه اما مع عدم رضى الاخر بالفسخ فواضح ، اذ المفروض أن الثالث لا سلطنة له على الفسخ والمتعاقدان لايريدانه . واما مع طلب الاخر للفسخ فلان وجوب الفسخ حينئذ على المستأمر ـ بالكسر ـ راجع الى حق لصاحبه عليه ، فان اقتضى اشتراط الاستئمار ذلك الحق عرفاً ، فمعناه سلطنة صاحبه على الفسخ فيرجع اشتراط الاستئمار الى شرط لكل منهما على صاحبه . انتهى .

يعني أن التالي باطل لان اشتراط الاستئمار ليس شرطاً لاحداث حق صاحبه عليه ، أي على المستأمر ـ بالكسر ـ فلا يجب عليه الفسخ ، وان طلبه صاحبه أيضاً والالزم ثبوت حق له عليه ، والتالي باطل . فبطلان التالي مطوي في كلامه ، ولابد من ذكره لان اهماله يوهم خلاف المقصود ، لان هذا البيان بدون التعرض للبطلان ينتج وجوب الفسخ على المستأمر ـ بالكسر ـ مع أن الغرض من البيان بيان عدم وجوبه عليه ، كما لايخفى .

وفي هذه المسئلة ـ أي اشتراط الاستئمار ـ فروع ومسائل :

(الفرع الاول) لو تعدد المستأمرون ـ بالفتح ـ واختلفوا في الامر بالامضاء والفسخ ، فالعبرة بقول الامر بالفسخ ، فاذا أمر أحدهما بالامضاء ثم أمر الاخر بالفسخ ، فله الفسخ ، لان أمر الاول بالامضاء ماأفاد شيئاً ، بل حاله حال السكوت وأمر الثاني بالفسخ يوجب حدوث الخيار له ، فاذا فسخ انفسخ العقد .

هكذا قيل ، وهو حسن لو أريد استقلال كل منهم في الاستئمار و المشاورة أما لو كان المراد اشتراط الاستئمار من الجميع على صفة الاجتماع فلاأثر لقولهم عند الاختلاف وليس له الخيار والفسخ الا اذا أمر كلهم الفسخ . وهو واضح.

(الفرع الثاني) لو اختلف قول المستأمر الواحد ، فقال تارة : امض ، فامضى وقال ثانياً : افسخ ، ففسخ . فقيل : ان حكمه حكم الاول وهو المستأمر المتعدد

مع الاختلاف فيؤثر الفسخ ويقدم على الاجازة وان تأخر .

وفيه : أن القياس مع الفارق ، لانه اذا قال أولا : أمضيت ، فقدلزم العقد ، كما اذاكان له الخيار بدون الاستئمار وأمضى العقد ، اذلاأثر للفسخ بعده ، فكذا الحال هنا ، ومن المعلوم أن الاثرفيه للمتقدم منهما فسخاً كان أوامضاءاً . وهذا بخلاف ما اذا تعدد المستأمرون ، و كان الغرض هو الاستئمار من كل واحد منهم على وجه الاستقلال ، لان حاله حال الخيار المتعدد في تقدم الفسخ على الاجازة .

وذكر في «الجواهر» احتمالات أربعة :

أحدها وثانيها : ماذكرنا .

ثالثها : أن العبرة بالفسخ بشرط كونه مؤخراً فاذا أمربالفسخ ابتداءاً ، ففسخ فلا أثرله اذا أمر ثانياً بالامضاء بخلاف ماذا أمرأولا بالامضاء ثم أمربالفسخ، فان الفسخ حينئذ مقدم على الامضاء، ووجهه أن العبرة بالرأي المستقر لاالرأي البدوي، فاذا أمر أولا بالامضاء ثم بالفسخ علم استقرار رأيه على الفسخ فيتبع ، بخلاف مالوانعكس فان أمره ثانياً بالامضاء كاشف من عدم استقرار رأيه على الفسخ فلا عبرة له . وأما الامضاء فلا أثر له و ان تقدم لانه لايزيد على مقتضى العقد شيئاً .

رابعها : أن العبرة بالمتأخر، فسخاًكان أو اجازة ، لان النظرة الاولى حمقاء، والفرق بينه وبين سابقه : أن العبرة هناك كان بالفسخ بشرط التأخر ، وأماالامضاء فلاأثرله وان تأخر .

وعليه فله الامربالفسخ ثالثاً بعد الاستئمار، فينفسخ العقدبفسخه حينئذبخلاف هذا الوجه، فان العبرة ـ بناءاً عليه ـ بالتأخر وانكان أجازه ، فيلزم العقد لوأجاز بعد أمره بالفسخ أولا ، فليس له الفسخ بعده بالاستئمار وأمره بالفسخ في المرتبة الثالثة .

والاقوى من هذه الوجوه ما عرفت من أن العبرة بالمتقدم وان كان أجازه ، لان الغرض من الاستئمار هو الاستئمار بأمره ابتداءاً لاالى الابد، فالمتبع هو الاول، فاذا قال : امض وأمضي ، فقد وجب العقد ، ولامقتضى لفسخه وان أمره بالفسخ ثانياً ، لانه خارج عن مقتضى الاشتراط .

ثم ان هذه الاحتمالات الاربعة انما يأتي فيما هو ظاهر الاستئمار الذى فهمه الكل، وهو ما بيّناه من رجوعه الى اشتراط الخيار المعلق بالامر بالفسخ بعد الاستئمار، وهو ماكان الغرض من الاستئمار ، الاستئمار بأمره الارشادي ، على ماحققناه .

أما اذاكان الغرض منه اشتراط الخيار بعد المشاورة على وجه يكون له الخيار بعد الاستئمار والاستشارة وان اختار خلاف رأيه لامتابعة قوله وأمره ، فلا اشكال فيه ، اذ المتبع فيه هو ما ساعد نظره، فله الامضاء وان أمره بالفسخ ، وله الفسخ وان أمره بالامضاء ، لحصول شرط الخيار وهو الاستئمار .

لان المفروض عدم تعلق الغرض بمتابعة رأيه بل تعلقه بثبوت الخيار له والعمل على مقتضى رأي نفسه لكن بعد حصول المشاورة والاستئمار فاذا حصل ثبت الخيار وله اختيار ماشاء فسخاً كان أو اجازة و ان خالف نظر المستأمر منـه على ذلك كلـه .

وفي «الجواهر» قال بعد ذكر تقدم الفاسخ عند تعدد المستأمر مالفظه : اذا اختلف رأيه في المدة احتمل ذلك ـ أي تقدم الفاسخ ـ مطلقاً أو بشرط التأخر والاخذ بالمقدم مطلقاً والمؤخر كذلك، ثم قال : هذاكله بناءاً على معلومية ارادة ماعرفت من اشتراط الاستئمار أما اذا اريد غير ذلك من المشاورة واحالة الرأي معه لااتباع أمره أو نحو ذلك امتنع ، عملا بالشرط، ولعل اطلاق اشتراط الاستئمار ظاهر فيما ذكره الاصحاب . انتهى . ومراده ماحققناه .

(الفرع الثالث) نصح المستشير واجب عقلا ونقلا ، فيجب على المستأمر

بالفتح- مراعاة المصلحة قطعاً وان قلنا في الاجنبي المجعول له الخيار بعدم وجوبها أيضاً ، لان الاستئمان هنا أولى وأقوى لكن بينهما فرق بناءاً على ما اخترناه من وجوب مراعاة المصلحة هناك أيضاً وهو أن مراعاتها هناك شرط لصحة قوله وتأثيره، فلو خالف المصلحة فلا أثر لفسخه وامضائه .

وأما هنا فوجوب مراعاة المصلحة تكليف على المستأمر ، فلو خالفه فأمر بالامضاء في مورد وجود المصلحة في الفسخ أو بالعكس ، فأمضى المستأمر أو فسخ عملا بأمره فقد أثر أثره .

والسر فيه أن الفسخ هناك فعل الاجنبي وهو مشروط بالمصلحة و المشروط عدم عند عدم شرطه وهنا فعل للمستأمر - بالكسر - فاذا فسخ عملا بأمر المستأمر - بالفتح - فيؤثر أثره حيث أنه باختياره جعل لنفسه الخيار عند أمره بالفسخ، فاذا وجد الشرط وجد المشروط ، غاية الامر عصيان المستأمر - بالفتح - في تكليف نفسه في وجوب نصح المستشير وأمره بماليس فيه مصلحة .

(الفرع الرابع) تعين مدة الاستئمار شرط للزوم الغرر لولاه، ولو أطلق ولم يعين المدة ، فالاقوى البطلان ولاينصرف الى الثلاثة وان قلنا به في اشتراط الخيار عند الاطلاق، لان انصراف نفس الخيار الى الثلاثة لايوجب انصراف شرطه، وهو الاستئمار ايضاً الى الثلاثة .

وهنا قول آخر ، وهو : ثبوت الاستئمار عند الاطلاق على وجه التأبيد ، وهو حسن بناءاً على صحة هذا الشرط، لانه اذا لم ينصرف الى الثلاثة تعين التأبيد، الا انه باطل ، للزوم الغرر . فالاقوى في صورة الاطلاق هو بطلان الشرط فلابد فيه من تعين المدة رفعاً للغرر .

(مسألة)

في البيع الخياري

من أفراد خيار الشرط ما يضاف اليه البيع ، ويقال له : بيع الخيار . وهو أن يبيع شيئاً ويشترط الخيار لنفسه مدة بأن يردالثمن ويرتجع المبيع ، والاصل فيه ـ مضافاً الى الاجماع والعمومات المتقدمة في الشرط ـ: النصوص المستفيضة، فانها تدل على جواز اشتراط الخيار على النهج المزبور، كموثقة اسحاق ورواية معاوية بن ميسرة ورواية سعيد بن يسار ورواية أبي الجارود عن أبي جعفر عليه السلام قال عليه السلام : ان بعت رجلا على شرط ، فان أتاك بمالك ، والا فالبيع لك . الى آخره .

ولا اشكال في دلالة الثلاثة الاول الا أن في دلالة الاخيرة على فرض المسألة نوع خفاء وغموض ، فانها بظاهرها تدل على عكس المسألة ، لان الظاهر منها جواز استرداد المشتري الثمن عند رد المثمن الى البائع ، اذ لا شك في أن المراد بالمال في قوله عليه السلام «فان أتاك بمالك» هو المبيع وعليه فيكون حكم العكس أيضاً مستفاداً من ذلك النص .

الا أن يقال : أن قوله «بعت» بمعنى الشراء، واستعمل البيع في معنى الشراء كما هو واقع كثيراً في القرآن والاخبار، فيكون المراد من المال هو الثمن حينئذ فينطبق النص المذكور على فرض المسألة على النهج المذكور، وان كانت للرواية محتملات أخر .

وكيف كان فتوضيح الكلام في صورة المسألة الواقعة في النصوص وكلمات الاصحاب يستدعي رسم أمور :

(الاول) مايتعلق برد الثمن ، والكلام فيه يقع في أمور :

الاول : في محتملات اشتراط رد الثمن . الثاني : في الثمرات المترتبة عليها . الثالث : في تعيين ما يستفاد منها من الاخبار والنصوص .

«اما الاول» فمحتملاته كثيرة :

الاول : أن يكون ردالثمن شرطاً للخيار على وجه التعليق فلا خيارقبله .

الثاني : أن يكون شرطاً للفسخ ، بمعنى أن الخيار ثابت له في كل جزء من المدة المضروبة ، الا أن فعلية الفسخ مشروطة برد الثمن فالرد في الاول شرط للسلطنة على الفسخ وفي الثاني فعلية الفسخ لا لاصل السلطنة عليه .

الثالث : أن يكون الرد شرطاًلانفساخ العقد فيرجع الى شرط النتيجة، فلا غرو فيه اذا لم تتوقف النتيجة على سبب خاص كما في المقام ، وعليه فلا حاجة الى ارجاعه الى اشتراط اتحاد سبب الانفساخ ، كما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» من كون مرجعه الى اشتراط اتحاد سبب الانفساخ وهو الرد مضافاً الى عدم صحته في نفسه لكونه موقوفاً على تأثير السبب المزبور بدون الشرط وهو ممنوع . فتأمل .

الرابع : أن يكون ردالثمن فسخاً فعلياًبأن يراد بهتمليك الثمن ليتملك المبيع. والفرق بينه وبين الثاني بعد اشتراكهما في ثبوت الخيار قبل الرد وهوالاحتياج الى انشاء الفسخ على ذلك الوجه بخلاف هذا الوجه .

واستظهره السيد «ره» في «الرياض» من الاخبار الواردة في الباب . وليس ببعيد على ما سنشير اليه انشاء الله .

وأورد عليه بوجهين :

الاول : ما في «الجواهر» وغيره من عدم دلالته على الفسخ الفعلي ، غاية الامر دلالته على ارادته له بعد ذلك .

الثاني : ما ذكره بعض من أن الفسخ موقوف على الرد ، فكيف يحصل به

وفيهما نظر .

أما الاول : فلان الفسخ يحتاج الى كاشف ما ولا يعتبر فيه لفظ مخصوص فاذا فرضنا دلالته على ارادة الفسخ كان ذلك كاشفاً عن كونه فسخاً فعلياً .

وقد يجاب عنه أيضاً : بأن الرد وان لم يدل بنفسه على الفسخ الا أن القرينة الحالية قائمة على ارادة الفسخ ، وعليه فالنزاع يعود لفظياً .

وأما الثاني : فلان الاحتمال المزبور أي حصول الفسخ بنفس الرد انما يكون في قبال الاحتمال الاخر ، أي توقف الفسخ على الرد ، فكيف يبنى عليه ، فبناءاً على هذا الاحتمال لانسلم توقف الفسخ على الرد ، فالايراد عليه بذلك مصادرة.

الخامس : ما يستفاد من ظاهر «الوسيلة» ، وهو أن يكون الرد شرطاً لوجوب الاقالة على المشتري ، بأن يلتزم المشتري على نفسه أن يقيله اذا جاء بالثمن واستقاله .

«وأما الثاني» أي الثمرات المترتبة على المعاني المذكورة : أما بين الاول والثاني فهي : أن العقد لازم من حينه الى زمان الرد وجائز على الثاني ، فالتصرف على الثاني تصرف في زمان الخيار ، ويترتب عليه ما يترتب عليه دون الاول.

وأما الثمرة بينهما وبين الثالث والرابع فهي الاحتياج الى انشاء الفسخ بعد الرد أو قبله على الاولين دون الاخيرين ، وأما الاخيران فلا ثمرة بينهما عملا الاعلى القول بعدم دلالته على الفسخ بنفسه واحتياجه الى القرينة ، اذ حينئذ لااشكال في الاحتياج الى انشاء الفسخ، قبله أو بعده اذا لم تكن قرينة على الدلالة على الفسخ . الا أنه كما ترى انكار للمعنى الثالث بينهما .

وأما الخامس : فهو في الحقيقة خارج عن موضوع البحث ، وهو الخيار فلا يدخل في موضوع الاحتمالات المتقدمة حتى تذكر الثمرة بينه وبينها .

«وأما الثالث» في تعيين الاحتمالات المزبورة ، والمهم في المقام التعرض لامرين يظهر منهما حقيقة الحال :

الاول : في الاحتياج الى انشاء الفسخ وعدمه الذي هو ثمرة بين الاولين والاخيرين.

الثاني : أن الخيار هل يحصل بمجرد العقد أو بعد الرد الذي هو ثمرة بين الاولين .

أما الامر الاول : فقد عرفت أن المستفادمن كلام صاحب «الرياض»وبعض أتباعه هو كون الرد بنفسه فسخاً فعلياً بحيث لايحتاج بعدهأوقبله الى انشاء الفسخ قولا ، ولكن المستفاد من جماعة منهم : الشهيد في «الدروس» على ما حكي وصاحب «الجواهر» وبعض اتباعهما هو عدم حصول الفسخ بنفس الرد ، واحتياجه الى انشاء الفسخ .

ويمكن الانتصار لهم بالتمسك باطلاق بعض الاخبار الدالة على مشروعية المعاملة المزبورة بقول مطلق ، وذلك لانه تندرج تحت هذا الاطلاقصور ثلاثة يحتاج صورتان منهما الى انشاء الفسخ قطعاً ، وهما صورة عدم قبض البائع الثمن من المشتري أصلا بناءاً على ما سيجيء من جواز الفسخ لولا القبضأيضاً وقبض الثمنلكنمع عدم مطالبة المشتري وارادته ايداعهعند البائع ،اذ لا اشكال في الاحتياج الى انشاء الفسخ في هاتين الصورتين ، لانتفاءالرد بحكم الفرض.

فيبقى صورة ثالثة ــ التي هي محل الكلام ــ وهي الصورة الثانية مع مطالبة المشتري اياه من البائع ، فلوحكم بالاحتياج الى انشاء الفسخ في هذه الصورة أيضاً فهو ، والا لزم التفكيك بين الصور الثلاث وهو خلاف ظاهر سياق اطلاق الاخبار . فوجب الحكم بالاحتياج الى انشاء الفسخ قضية لاتحاد السياق وحذراً عن التفكيك .

هذا لكن الانصاف أن الاطلاق ليس فيه اشعار بما ذكر ، لانه مسوق لاصل مشروعية هذه المعاملةمن دون نظر الى كيفية الفسخ ، فهي موكولة على القواعد المقررة .

فلا ضير في التفكيـك بين الصور اذا اقتضتـه القواعـد بعد فرض سكوت الاخبار عن التعرض لحال كيفية الفسخ ، فالاقوى ـ وفاقاً لسيد الرياض ـ هو الاكتفاء بالرد في تحقق الفسخ ، من دون حاجة الى انشائه .

ومقايسة المقام بسائر الخيارات ـ انتصاراً لقول الشهيد «قده» : فكمايحتاج الفسخ فيها الى كاشف وانشاء قولي أو فعلي فكذا الحال في المقام ـ مدفوعة: بأن القياس مع الفارق ، لاحتمال أن يكون الرد هنا سبباً للانفساخ ولو بمقتضى الاشتراط بأن يكون شرط الرد راجعاً الى ذلك كما هو أحد الاحتمالات الخمسة المتقدمة ، ولاحتمال أن يكون الرد بنفسه فسخاً فعلياً ، لدلالته عليه كما هو أحد الاحتمالات أيضاً .

ولا يجري هذان الاحتمالان في سائر الخيارات ، لعدم كون الخيار والفسخ فيهما مشروطاً بالرد فلا جرم يحتاج الفسخ الى انشاء وكاشف آخر غيـر الرد. وأما في المقام : فحيث يتحقق الاحتمالان في الرد فلا يحتاج الى كاشف آخـر فصار الاحتمالان المزبوران سبباً للفرق بين المقامين .

وأما الامر الثاني : فالظاهر ثبوت الخيار بمجرد العقد من دون فرق بين أن يتعلق الخيار على تقدير وجود الرد ـ كما هـو مبنى الاحتمال الثاني ـ أو علـى نفس الرد ـ أي نفس وجوده ـ لافرض وجوده ، كما هـو مبنى الاحتمال الاول لان الفرق بينهما نظير الفرق بين شرط الوجوب وشرط الوجود، فان الشرط في الاول هو نفس الرد ، فيكون نظير شرط الوجود وفي الثاني تقدير وجوده، بمعنى أن له الخيار فعلا على تقدير وجود الرد في المستقبل فيكون نظير شرط الوجوب.

وكيف كان فلا ثمرة بينهما في المقام ، لان الخيار عبارة عـن ملك الفسخ

والسلطنة عليه ، ومن المعلوم تحققه في المقام في كل آن من دون فرق بين كون المعلق عليه هو نفس الرد أو تقدير وجوده .

والسر فيه : أن الرد لماكان من الافعال المقدورة للمشترط له ـ وهو البائع ـ فلا جرم يكون قادراً على الفسخ المزبور في كل آن ولو بواسطة قدرته على شرطه ، لان المقدور بالواسطة مقدور .

نعم لوكان الحكم المعلق على الشرط من الاحكام التكليفية ، فينظر ان كان الشرط من الامور الغير الاختيارية، فالواجب شروط لامحالة . ولايعقل فيه الفرق بين جعل التعليق على نفس وجوده أو تقدير وجوده. وان كان من الامور الاختيارية المقدورة ، فان علق على نفس وجود الشرط ، فالواجب حينئذ مطلق منجز ، فيجب على المكلف ايجاد الشرط والمشروط معاً. وان علّق على تقدير وجوده، فالواجب مشروط لايتخيّر الا بعد وجود ذلك الشرط .

وأما في المقام ـ وهو الخيار ـ: فلا فرق فيه بين الصورتين ـ أي التعليق على نفس الوجود أو تقديره ـ لان الشرط أمر اختياري فاذا علق عليه الخيار كان الخيار ثابتاً فعلا ، لان المقدور بالواسطة مقدور ، وليس الخيار الاعبارة عن القدرة على الفسخ .

هذا الا ان ظاهر المشهور : أن الخيار هنا معلق ومشروط بالرد فلاخيار قبله ولادليل عليه أصلا .

ويمكن تخريج وجه له من الاخبار بتقريب : أن ظاهر الاخبار هو توقف استرداد المبيع على رد الثمن بحيث لايجوز قبله استرداد المبيع وانتزاعه من المشتري ، فالفسخ لايحصل الا بعد الرد أو به نفسه .

وكيف كان فلا فسخ قبله ، فالفسخ موقوف على الرد ، وحيث أن الفسخ موقوف على الخيار ، فالخيار أيضاً موقوف كنفس الفسخ الموقوف على الخيار .

وبعبارة أخرى : اذا توقف الفسخ على الرد توقف الخيار أيضاً عليه ، اذ لولا الخيار لم يتحقق الفسخ .

وفيه : ان غاية ما تقضي به هذه الاخبار وجود الخيار في زمان الفسخ وهو زمان الرد ، لتوقف الفسخ على الخيار ، اما كون حدوثه في ذلك الزمان فلا ، لاحتمال وجوده قبله أيضاً كما هو الحال في جميع الخيارات ، لان زمان الخيار مقدم على زمان الفسخ .

والحاصل : أن توقف الفسخ على الرد انما يقتضي لزوم تحقق الخيار في ذلك الزمان لامحالة ، لاستحالة الفسخ بدون الخيار .

الا أنه لاينافي وجود الخيار قبل الرد أيضاً وان لم يتحقق الفسخ الا بعده أو به فيكون المشروط على الرد هو فعلية الفسخ لاالسلطنة عليه ، والخيار هو الثاني لا الاول .

نعم يمكن أن يتمسك له بأصالة تأخر الحادث، لانا علمنا من الاخبار بوجود الخيار عند الرد ، فاذا شككنا أنه هل حدث في هذا الزمان أو قبله؟ فالاصل تأخر وجوده وعدمه قبله فيثبت بذلك توقف الخيار على الرد واشتراطه به .

وفيه : أن هذا الاصل مثبت لوجهين :

أحدهما : عام جار في جميع مجاري أصالة التأخر ، حيث أن مرجع هذا الاصل الى أصالة عدم وجود الحادث في زمان الشك، وهو لايثبت عنوان التأخر الاعلى القول بالاصل المثبت .

ثانيهما : خاص بالمقام، وهو أن أقصى ما تقتضى به أصالة التأخر هو وجود الخيار في زمان الرد أو بعده، أما اشتراطه بالرد وتوقفه عليه فلا، لاحتمال كونهما من المتلازمين أو المتقارنين، فأصالة التأخر لايثبت علاقة الشرطية والمشروطية، كما هو المدعى . فتأمل .

وكيف كان فلا دليل من الاخبار ولا من غيرها على اشتراط الخيار بالرد وتأخره عنه، نعم لايظهر من الاخبار وجوده قبله أيضاً فهي ساكتة عن زمان الخيار رأساً ، فلابد من التماس دليل آخر ، وقد عرفت ما يمكن أن يكون دليلا على وجود الخيار قبل الرد، وستجيىء تتمة الكلام فيه انشاء الله في التكلم في التصرف قبل الرد ، فانتظر . هذا تمام الكلام فيما يتعلق بالرد .

(الثاني) ففيما يتعلق بالمردود . وهو الثمن المشروط ردّه ، فهو على أقسام لانه : اما أن يكون جزئياً أو كلياً ، والثمن الكلي اما أن يكون في ذمة البائع ، كما اذا كان في ذمته دين للمشتري فيبيع العين المبيعة بأزاء ما في ذمته ويشترط له الخيار اذا رد مثل ماكان في ذمته، أو يكون في ذمة المشتري ، كما اذاباعه شيئاً بدينار كلي .

والثمن الكلي أو الجزئي اما أن يكون مقبوضاً أولا، فان كان مقبوضاً فلااشكال في ثبوت الخيار باشتراط رده الى المشتري فيفسخ العقد بعد رد المقبوض عيناً أو بدلا على التفصيل الاتي انشاءالله . وان لم يكن مقبوضاً ، ففي ثبوت الخيار وعدمه وجهان ، ذكره الشيخ «قده» في الكتاب .

وجه الاول : ان شرط الرد تعليقي لافعلي ، بمعنى أنه انما يشترط الرد على تقدير القبض ، فالخيار ثابت على تقدير عدم القبض مطلقاً ، وعلى تقدير القبض بشرط الرد ، فكأنه قال : ولي الخيار بشرط رد الثمن على تقدير القبض .

وبعبارة أخرى : المشروط هو ثبوت الخيار للبائع مطلقاً قبض الثمن أولا ، الا أنه في صورة القبض يكون خياره مشروطاً بالرد ، فالرد شرط للخيار في صورة القبض لامطلقاً .

ووجه الثاني : أن الخيار مشروط برد الثمن ، وحيث أن الرد موقوف على القبض فالخيار أيضاً موقوف على القبض ومشروط به لان الموقوف هو

الموقوف عليه .

وبعبارة أخرى : الرد مشروط بالقبض ، فشرط الرد في الحقيقة شرط للقبض أيضاً فالخيار المعلق على الرد معلق على القبض ، فالمشروط عدم بعدم شرطه فحيث لاقبض فلاخيار .

والحاصل : أن اشتراط الرد ينحل الى اشتراط شيئين: القبض والرد ، فينتفي الخيار بانتفاء ما علق عليه وهو القبض . وفي كلا الوجهين نظر .

أما الاول : فلان تنزيل اشتراط الرد على صورة القبض وجعله معلقاً على تقدير حصوله تقييد بلا دليل ، لان الخيار مشروط برد الثمن على سبيل الاطلاق لابرده على فرض القبض بحيث يكون الخيار ثابتاً بدونه أيضاً لانه مصادرة ومخالفة لظاهر اطلاق الشرط ، فيحتاج الى القرينة ، فالاخذ بظاهر الشرط يقتضي عدم ثبوت الخيار بدون القبض لانتفاء شرطه وهو الرد .

وأما الثاني : فلان اشتراط الرد ليس اشتراطاً للقبض أصلا ، وكونه منحلا وراجعاً اليه ممنوع ، لان كون الخيار مشروطاً بالقبض مما لايترتب عليه غرض وفائدة أصلا ، كيف وثبوت الخيار مع القبض يقضي بثبوته بدونه بالاولى، لان انتفائه مما لايضر بحال البائع في ثبوت الخيار له . ووجوده مما لامدخل له أصلا .

فاشتراط القبض شرط سفهي خارج عن أغراض العقلاء ، اذ لامعنى لاشتراط الخيار مع القبض، وعدم ثبوته بدونه أنفع بحال البائع، فكيف يعقل هذا النحو من الشرط ، مع خلوه عن الفائدة رأساً .

فالاولى بل الاصوب أن يقال : أن الشرط وان كان هو رد الثمن ، وهو لا يحصل الا بالقبض ، الا أن الغرض الاصلي من الرد هوصيرورة الثمن في سلطان المشتري وعوده الى ماكان عليه قبل البيع ، وهو حاصل بنفسه قبل القبض أيضاً،

فالخيار المشروط بالرد في الحقيقة مشروط بما يترتب عليه من كونه تحت سلطنة المشتري ، فان لم يكن مقبوضاً فهذا المعنى حاصل بنفسه فله الخيار لحصول شرطه وهو كونه في سلطان المشتري ، وان كان مقبوضاً فلابد من حصول الرد تحقيقاً لما هو الغرض منه ، فالرد انما يكون شرطاً لكونه مقدمة لسلطنة المشتري على الثمن لا لكونه بنفسه متعلقاً للغرض ، بل الغرض معلق بذي المقدمة فهو الشرط في الحقيقة .

ومع حصول ذي المقدمة لا وجه لاعتبار المقدمة ، وحيث أنه حاصل بدون القبض فلا حاجة الى الرد الموقوف على القبض . ثم ان الثمن ان كان جزئياً ، فاما أن يشترط رده بعينه ، أويشترط رد مايعم رد عينه وبدله ، أو يطلق اشتراط رد الثمن من غير تعرض للعين أو البدل . فالاقسام ثلاثة .

وهنا قسم رابع وهو : أن يشترط رد خصوص البدل ولم يتعرض له شيخنا «قده» في الكتاب ، ولعله لنكتة ، وهي : أن هذا الشرط اما عزيمة أو رخصة ،فان كان عزيمة ، بأن لم يرض المشتري برد عين الثمن فهو باطل ، لانه شرط سفهائي لايتعلق به غرض العقلاء ، اذ كلما يترتب على رد البدل من الاغراض فيتعلق برد العين أيضاً بل بالاولى ، فحيث لايتعلق له غرض عند العقلاء فيكون سفهياً ،نظير اشتراط كيل المبيع بمكيال مخصوص مثلا ، حيث صرح العلامة « قده » ببطلانه لكونه سفهياً .

ولا ينتقض باشتراط رد خصوص العين ، لان خصوصيات الاعيان ربما تكون مطلوبة مرغوبة للعقلاء ،ولا كذلك البدل ،لانه أمر كلي لاوجود له في الخارج الا في ضمن المصاديق ، فلا يعقل أن يكون بنفسه فائدة مقصودة في العين .

هكذا أفاد «دام ظله» في مجلس البحث ، فتأمل .

وان كان اشتراط رد البدل رخصة لا عزيمة ، رجع الى اشتراط الاعم من رد

العين أو البدل ، فليس قسماً رابعاً . فلذا ثلث الاقسام ولم يربع .

أقول: وفيه : أنه ان لوحظ حال البائع فالامر كذلك ، الا أن النقض باشتراط خصوص رد العين بحاله ، اذ لايعقل أن يكون لاشتراط ردها بخصوصها غرض عقلائي ،لان أمر الخيار بيده ، فاما أن يشترط الاعم أو يطلق . وكيف كان فله رد العين فاشتراط الخصوصية سفه محض ، وحينئذ لابد من تثنية الاقسام .

وان لوحظ حال المشتري فيمكن اشتراط كل واحد من الخصوصين عيناً أو بدلا ، اذكما يمكن أن يتعلق غرضه بالعين ـ حسبما ذكر ـ كذلك يمكن أن يتعلق غرضه بالبدل ، بأن تكون العين مبغوضة له فيشترط على البائع رد الثمن على وجه لايكون البائع مسلطاً على ردالعين أصلا، فيشترط البدل خاصة .فلذلك أمرنا بالتأمل .

وكيف كان فأحد الامرين لازم ، اما تثنية الاقسام أو تربيعها،فلا وجه للتثليث .

هذا فان اشترط رد العين بخصوصها ، فلا خيار له برد البدل ، بل يتوقف على رد العين خاصة ، فان تعذر سقط الخيار لسقوط شرطه . وعن بعض الافاضل احتمال بطلان اشتراط رد العين خاصة ، لكونه منافياً لمقتضى العقد ، وان قوى صحته .

وهوكما ترى ، ولعله قاسه ببيع الشيء بشرط أن يبيعه المشتري على البائع لان شرط رد الثمن نظير شرط بيع المبيع عليه .

وفي القياس والمقيس عليه نظر . أما الثاني فلمنع كونه أيضاً منافياً لمقتضى العقد وبطلانه انما هو من جهة أخرى من اجماع ونحوه . وأما الاول فلوجود الفارق اذ لاوجه لقياس الرد بالبيع ولا للثمن بالمبيع ، فتدبر .

وان اشترط الاعم من رد العين أو البدل،فلااشكال أيضاً في خصوص صورة عدم امكان رد العين ، وأما في صورة التمكن من رد العين ، بأن اشترط رد العين

أو البدل مطلقاً ـ أي ولو مع التمكن من ردها ـ فقد استشكل شيخنا العلامة «قده» بأنه مناف لحقيقة الفسخ ، لان حقيقته هو رد العين لو أمكن .

وفيه: أولا ـ أن شرط الرد لاربط له بشرط الفسخ فلا ضير في اشتراط الاعم فلو أمكن العين عملا بالشرط لان (المؤمنون عند شروطهم) فلا وقع للايراد عليه بأنه مناف لحقيقة الفسخ ، لان الشرط ليس هو الفسخ ، بل هو الرد ، فتتبع كيفية الاشتراط عيناً أو الاعم .

وثانياً ـ أن حقيقة الفسخ ليست عبارة عن رد العين ولو مع الامكان ، بل حقيقته هو حل العقد ، فيختلف باختلاف الموارد ، فمع بقاء العين يلزم ردها ، ومع تلفها يلزمه رد البدل ، فرد العين من لوازم الفسخ وليس مأخوذاً في حقيقته والا امتنع الفسخ رأساً عند تعذر العين وتلفها وهو باطل .

هذا ولكن يرد على هذا الوجه : أنه لااشكال في أن الفسخ مع التمكن من العين موجب لرجوعها خاصة ، فهو وان كان خارجاً عن حقيقة الفسخ ، الا أنه لا ينفك عنه عند التمكن ، فالوجه هو ماذكر أولا .

وكيف كان لا ضير في اشتراط الاعم من رد العين أو البدل مطلقاً ولو مع التمكن من ردها أيضاً .

وان أطلق رد الثمن من غير تعرض للعين أو البدل : فظاهر الشرط بل صريحه يقتضي رد العين وعدم كفاية البدل ولو مع عدم التمكن ،لان بدل الثمن ليس ثمناً فرده ليس وفاءاً بالشرط ، لكن عن الشهيد « قده » في « الدروس » و « حاشية الشرائع » : أن الاطلاق لاينزل على العين .

ويشكل : بأن الثمن لااطلاق له كي يقال أنه ينزل على العين أو يحمل على الاعم ، لان الاطلاق من خواص الاجناس، والثمن ليس جنساً شاملاً للعين والبدل وليس له فردان بل مفهومه وحقيقته ليس الا العين ، فلابد من تنزيله على العين

لكونها مدلولة ليس الا ، وعدم صدقه على البدل أصلا ، فتنزيل اطلاقه عليه من باب الاطلاق الذكري ، بمعنى أن ذكره بخصوصه وعدم ذكر البدل قاض باعتبار رد العين ، اذ لايشمل الثمن للبدل ولا يطلق عليه الا مجازاً ، فلا وجه للقول بأنه لاينزل على العين .

ويمكن دفعه : بأن الثمن وان كان عبارة عن العين ، ولايشمل البدل ، ألاأن القرينة الصارفة قاضية بحمله على الاعم من البدل ، وهوأن هذا النحو من البيع والمعاملة انما هو لرفع حاجة البائع لاحتياجه الى الثمن والتصرف فيه لقضاء حوائجه ، فلايكون ذلك غالباً الامع تلفه ونقله ، فهذه قرينة عامة على أن المراد بردالثمن هوالاعم من رد العين والبدل .

نعم لوصرح بارادة ردالثمن خاصة دون البدلكان هذاصارفاً عن هذهالقرينة الصارفة ، أما لوأطلق فالقرينة المقامية الحالية النوعية أعني احتياج البائع الى الثمن قاضية بكون الشرط هوالاعم .

ويمكن حمل كلامه على الثمن الكلي الأنه الامر في الجزئي أيضاً كذلك عند الاطلاق .

هذاكله اذاكان الثمن جزئياً . وأما اذا كان كلياً: فانكان فيذمة البائعفالشرط هورد البدل لامحالة . اذلايعقل معه اشتراط رد عين الثمن ، لان مافي ذمة البائع يسقط قهراً بجعله ثمناً، اذلايملك الانسان علىنفسه شيئاً ، فيصير كالتالف، فشرط الردفيه لامعنى له الا اشتراط اداء مثل ماكان في ذمته قبل البيع وان كان كلياً في ذمة المشتري .

ففيه أيضاً الاقسام الثلاثة ، لكن اشتراط رد العين لايتعقل الا اشتراطه معلقاً على قبض الكلي وتعينه في الفرد الجزئي ، والا فالكلي بنفسه لايتصور له عين ، فلا تجري فيه الاقسام الا بالتعلق على القبض ، فاما أن يشترط رد عين ما يقبضه

بعد البيع وقبض الثمن بأن يقول : ولي الخيار ، بشرط أن يرد الفرد من الكلي الذي يقبضه بعد البيع . واما أن يشترط الاعم من رد المقبوض ومثله ، أو يطلق.

وحكم الجميع ظاهر ، الا أن حمل صورة الاطلاق هنا على الاعم أوضح وأجلى من حمل الثمن الجزئي عليه ، فاطلاق اشتراط رد الثمن الكلي محمولا قطعاً على اشتراط رد الاعم مما يقبضه ومثله لدلالة بعض الاخبار عليه .

وهو خبر معاوية بن ميسرة حيث أنه اشترط فيه رد الثمن الى ثلاث سنين والعادة قاضية بعدم بقاء الفرد الخاص المقبوض في تلك المدة قطعاً وعدم خلوه عن تصرف ناقل فيه .

وخبر اسحق بن عمار حيث أن المسؤل عنه فيه هو احتياج الرجل الى بيع داره، فمن المعلوم أن بيع الدار مع الحاجة الى البيع لاينفك عادة عن التصرف في الثمن ، لانه المراد بالحاجة الى بيعها . فيدلآن على أن اطلاق رد الثمن الكلي أعم من ردالفرد المقبوض وبدله .

لكن هل يشمل رد البدل حتى مع بقاءالفرد المقبوض أو يختص بمورد تعذره وتلفه ؟

فيه : اشكال ، والمتيقن منه صورة فقد العين كما لايخفى .

ولو اشترط رد المثل في القيمي والقيمة في المثلي ؟ فقال شيخنا العلامة « قده » فيه وجهان ، أما وجه الجواز : فهو اطلاق قوله (المؤمنون عند شروطهم) وأما وجه العدم : فهو أنه شرط مخالف للشرع حيث أن الشارع جعل لكل شيء بدلا، فبدل المثلي هو المثل والقيمي هو القيمة، فاشتراط العكس خارج عن اشتراط رد الثمن عيناً وبدلا .

وفيه : أن البدل هو المثل أو القيمة لو لا الشرط، وأمامع الشرط فيتبع كيفيته فان اشترط البدل فهو المثل أو القيمة أما لو اشترط رد المثل في القيمي أو

العكس فليس الشرط حينئذ هو رد البدل حتى يكون ذلك شرطاً مخالفاً لما جعله الشارع بدلا بل هو بنفسه شرط مستقل مشمول لعموم دليل الشرط .

ويمكن أن يكون وجه العدم ما استشكله في اشتراط رد البدل مع التمكن من العين من أن الفسخ انما يقتضي رد البدل مع التعذر ،فاشتراطه مع التمكن خارج عن حقيقة الفسخ ،فكذلك يقال في المقام أيضاً من أن الفسخ انما يقتضي رد المثل في المثلي والقيمة في القيمي فاشتراط العكس خروج عن حقيقة الفسخ.

وقد عرفت جوابه من أن اشتراط الرد خارج عن اشتراط الفسخ ،فلا مانع من اشتراط أداء القيمة في المثلي وبالعكس عملا بعموم دليل الشرط .ثم انه لو اشترط رد العين خاصة ، فقد عرفت أن لازمه سقوط الخيار عند تعذر العين بالتلف الأن يقال أن المراد باشتراط رد العين عدم اتلاف البائع ،فلا ينافي تلفه أو اتلاف الغير له ،ففي الحقيقة هو شرط للخيار برد الثمن مطلقاً عيناً أو بدلا الا في صورة اتلاف البائع له .

وفيه : أن كون هذا هو المراد ممنوع ، ودعوى التبادر ممنوعة ، اذ لو كان الغرض متعلقاً بخصوص العين فلا فرق بين كون سبب التلف هو البائع أو غيره فيسقط الخيار مطلقاً . فان كان الغرض معلقاً بمالية الثمن ، فلا وجه لسقوط الخيار باتلاف البائع أيضاً ، بل يبقى مطلقاً اذ لا معنى حينئذ لاشتراط رد العين خاصة . وكيف كان فلا وجه للفرق بين اتلاف البائع وغيره .

بقي الكلام في أمور ينبغي التنبيه عليها :

(الاول) ذكر بعض أعاظم المحققين من مشائخ الفقهاء في «شرح القواعد» أن هذا الخيار مخالف للقاعدة من وجهين : أحدهما ـ التعليق ، ثانيهما ـ فلابد من الاقتصار فيه على مورد النص رداً ومردوداً ، فلا يتعدى الى شرط آخر سوى التعليق على رد الثمن ، كما لا يتعدى الى غير البيع من العقود .

قال ماهذا لفظه : واطلاق الرد والحكم مقصور في اشتراط الخيار بالردعلى ما ذكرنا لما ذكرنا فلايجري لغيره مما يذكره المشترط ، كأن يقول : ولي الخيار اذا رددت ثمن بيع آخر ، لك أو اذا باع زيد ماله على عمرو أو علي ، أو اذا دخل الدار فلان مثلا ، للجهالة والتعليق وهما ممنوعان .

كما أن جريان هذا الشرط على هذا النحو من جعل الخيار بعد الرد في غير البيع مشكل ، وكذلك في مشابهه كالمؤامرة لحصول شائبة التعليق فيها المنافية لوضع العقود ، الا أن يسري الحكم الى غير البيع بأولوية قطعية أو يجعلان معنى الرد والمؤامرة وصفاً مقارناً للخيار مقيدان له لاتعليقاً عليهما ، أو يفرق بين أداة التعليق ـ فيبطل لظهورها فيه ـ وبين لفظ مقارن أو متأخر أو مصاحب لرد الثمن فيصح منه وهو الاقوى . انتهى .

والمراد بالاول ـ وهو قوله : أو يجعلان وصفاً مقارناً للخيار . الخ ـ هو الفرق بين التعليق والتقييد ، فان جعل الرد شرطاً لثبوت الخيار على وجه التعليق فيبطل للتعليق والجهالة . وان جعل قيداً للفسخ بأن يكون له فعلا الخيار عند الرد لتمكنه في كل زمان من الرد فيصح ، اذ لاتعليق في الخيار ، بل ثابت في كل آن مقيداً بكونه عندالرد ، وحاصله هو الفرق بين الوجهين الاولين من الوجوه الاربعة السابقة .

والمراد بالثاني : هو الفرق من حيث التعبير ، فان عبر بأدوات الشرط بأن قال : ولك الخيار ان رددت الثمن ، فيبطل بظهورها في التعليق . وان عبر بأحد الالفاظ الثلاثة ، أي المقارن والمتأخر والمصاحب لرد الثمن فيصح بأن يقول : ولك أولي الخيار المقارن لرد الثمن ، او لك الخيار المتأخر لرد الثمن ، أو المصاحب له ، فقوله : لفظ مقارن بطريق الاضافة لاالتوصيف : أي لفظ هو لفظ مقارن أو متأخر أو مصاحب ، أي أحد هذه الالفاظ الثلاثة .

وكيف كان فيرد عليه : أنه «قده» تمسك في أول المسألة لاثبات صحة هذا الشرط بأمور أربعة : الاصل ، والاجماع ، والعمومات ، والاخبار الخاصة .

وما ذكره هنا من لزوم الاقتصار على شرط رد الثمن والاقتصار على البيع انما يتم لو كان المدرك هو الاجماع أو الاخبار الخاصة، أما بناءاً على التمسك بالعمومات، فلا وجه له بل لابد من التعدي في كلتا الجهتين .

فان قلت : العمومات مخصصة بقاعدة الغرر .

قلت : فلا وجه للتمسك بها في أصل المسألة، والفرق بين المقامين مفقود ، فلابد من عدم التمسك أو التعدي وعدم الاقتصار في شيء من الجهتين .

ثم أنه يرد عليه : أنه لامعنى للاصل الذي تمسك به في أصل المسألة لاثبات صحة الشرط الا أصالة الصحة .

وفيه : أن مجريها هي الشبهات الموضوعية فالتمسك بها في الشبهة الحكمية ـ كما في المقام ـ خروج عن الطريقة .

(الثاني) أن مسقطات الخيار في سائر الخيارات أمور ثلاثة : شرط سقوطه في ضمن العقد ، واسقاطه بعده ، والتصرف ، وجريان هذه الامور هنا مشكل .

أما الاول : فلان السقوط فرع الثبوت ولو بحسب المقتضي ، فهو انما يتصور في خيار ثابت لولا الشرط ، بأن يكون المقتضي هو نفس العقد لولا الشرط وهذا الخيار انما يثبت بالشرط فكيف يتصور شرط سقوطه في ضمن العقد قبل الشرط.

وأما الثاني : فلانه اسقاط لما لم يجب بناءاً على ماهو ظاهر الاصحاب من ثبوته بعد الرد ، وهو الوجه الاول من الوجهين الاولين .

نعم يصح على الوجهين الاخرين بناءاً على أن تحقق السبب وهو العقد كاف في صحة اسقاط الحق ، لكن مقتضى ماحكي عن «التذكرة» من أنه لايجوز اسقاط خيار الشرط والحيوان بعد العقد بناءاً على أن مبدأها بعد التفرق عدم الجواز هنا أيضاً .

الا أن يفرق بأن المشروط هنا مالك الخيار قبل الرد ولـو من حيث تملكه للرد الموجب له ، فله اسقاطه ، بخلاف مافي «التذكرة» .

هكذا أفاد شيخنا العلامة «قده» ، وحاصله : أن نفس الخيار وان لم يكن موجوداً هنا الا أن استحقاقه ثابت قبل الرد ، بمعنى أنه مالك لان يملك باعتبار تمكنه من سببه ، وهو الرد . وهذا المعنى ـ وهو استحقاق مالكية للخيار بنفسه حق قابل للاسقاط ـ وحاصله يرجع الى اسقاط استحقاقه لان يملك الخيار لا اسقاط نفس الخيار لانه ليس مالكاً لنفس الخيار بل مالك لان يملك الخيار ، فتسقط مالكيته لملك الخيار لأنه تسقط مالكية لنفس الخيار.

وأما الثالث : وهو التصرف ، فقد قال شيخنا العلامة الانصاري فى كتابه: ويسقط أيضاً بالتصرف في الثمن المعين مع اشتراط رد العين أو حمل الاطلاق عليه وكذا الفرد المدفوع من الثمن الكلي ، واستدل على ذلك باطلاق مادل على أن تصرف ذي الخيار فيما انتقل اليه رضى بالعقد ولاخيار .

ثم نسب القول بعدم السقوط الى المحكي عن المحقق الاردبيلي وصاحب «الكفاية» مستدلا على أن المدار ـ في هذا الخيار ـ على التصرف ، لانه شرع هذا البيع الخيارى لانتفاء البائع بالثمن، فلو سقط الخيار سقطت الفائدة من هذا البيع ، فتصير هذه الحكمة المشرعة والعلة المستنبطة دليلا مخصصاً للادلة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف ومستظهرة لبعض الاخبار المتقدمة كالموثق المفروض في مورده تصرف البائع في الثمن وبيع الدار لاجل ذلك .

ورد ذلك العلامة الطباطبائي «قده» في مصابيحه بعد الطعن عليه بمخالفته لما عليه الاصحاب .

بأن محل الكلام من كون التصرف مسقطاً انما هو التصرف الذي كان في زمن الخيار ولاخيار قبل رد الثمن ، فالقول ـ بأن التصرف فيه قبل رده ليس

بمسقط ـ ليس بمحل النزاع والكلام لان ذلك التصرف ليس في زمن الخيار وان كان قادراً على ايجاد سببه فان المدار على فعلية زمن الخيار لاعلى القوة .

وأما بعد الرد فلا ينافي شيء مما ذكر لزومه بالتصرف لان ذلك منه بعد الرد لا ينافي مع الحكمة المشرعة ، وليست الغلبة والتعارف على التصرف حينئذ ، فلو تصرف لكان مسقطاً للخيار لما علم أن التصرف من ذي الخيار في زمن الخيار مسقط لخياره .

وقد ناقش في ذلك شيخنا في «الجواهر» بأنه يقتضي جهالة مبدأ الخيار حينئذ أولا . وأنه يصدق عرفاً زمن الخيار على تلك المدة جميعها ثانياً ، وبمنافاته لما تسمعه منهم غير مرة من قبل هذه المدة في زمن الخيار ثالثاً .

منها : ما اعتمدوه في رد قول الشيخ بالملك بانقضاء الخيار بهذه النصوص المصرحة بأن المبيع ملك المشتري والثمن ملك البائع قبل انقضاء مدة الخيار، فلولا أنها مدة خيار ما اتجه لهم ذلك الاعلى تكلف بعيد . انتهى .

ثم قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : وفي الكل ـ أي في اصل الاستظهار والرد والمناقشة ـ نظر .

أما في الاول: فلانه بعد البناء والالتزام على سقوط الخيار بالتصرف باطلاق مادل على أن تصرف ذي الخيار مسقط لخياره لانه رضي بالعقد لامخصص له في مورد اشتراط رد الثمن المعين .

أما كون الدليل الحكمي مخصصاً فانما هو فيما كان الثمن كلياً كما هو الغالب المتعارف ، فان بناء العقد على التصرف هناك أي فيما كان الثمن كلياً واشترط رد مثل الثمن أو الاعم ، اما من جهة حمل الاطلاق عليه أو التصريح به .

وأما في صورة اشتراط رد الثمن المعين فلايجري المخصص هنا ولاتعارف

المتعـاقدين على التصرف ، فيبقى حينئذ اطلاق الادلة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف سليماً عن المخصص في مفروض الكلام .

وكذلك بعض الاخبار المتقدمة والموثق المذكور المفروض في مورده التصرف في الثمن فانه انماهو منزل على ماهو الغالب المتعارف، أعني فيما كان الاشتراط في رد بدل الثمن أو كان الاشتراط مطلقاً، ولكن حمل الاطلاق عليه من جهة الغلبة والانصراف ، ولايدل على عدم السقوط في مورد الكلام .

وأما في الثاني فللنقض : أولا ـ بمورد الاجماع على سقوط الخيار بالاسقاط القولي فبملاحظة حال الاجماعين يسقط ماذكره فـي المصابيح بتقريب أن يقال مع الغض عن أن حدوث الخيار بعد الرد لايتم الاعلى أحد الوجوه السابقة فلو قلنا أن زمن الخيار ليس قبل الرد بل انما هو بعده .

ولكن نقول : الظاهر عدم الاشكال وعدم الخلاف على أن اسقاط الخيار بالقول قبل الرد جائز ومسقط للخيار وان الاجماع قائم على أن المسقط الفعلى كالمسقط القولي ، فكما أن اسقاط القول قبل الرد اجماعي كذلك كون التصرف الذي هو مسقط فعلـي كالقولي بالاجماع فينتج اسقاط الخيـار قبل الرد بـالمسقط الفعلي بالاجماع أعني التصرف .

فبطل مافي «المصابيح» من أن التصرف المسقط ماوقع في زمن الخيار .

وأما في الثالث ـ أعني المناقشة ـ : فحاصله المنع من كون مطلق الجهالة مضراً ، نعم انما كان مضراً اذا لم يكن محدوداً لاباعتبار نفسه ولاباعتبار أسبابه، وأما اذا كان زمان التسليط علـى الـرد الموجب لحصول الخيار والسلطنة على الفسخ لوشاء فلايقدح .

نعم مقتضى ماذكره العلامة«قده» في «التذكرة» من أنه لايجوز اشتراط الخيار من حين التفرق اذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد عدم جواز اشتراط الخيار

بعد الرد أيضاً لانه كما أن حصول التفرق هناك مجهول كذلك حصول الرد هنا مجهول . ولكن قال «قده» : لكن الفرق يظهر بالتأمل .

وغاية ما يمكن أن يقال في الفرق بين المقامين أحد الوجوه الثلاثة :

أحدها : أنه بعد ماقلنا بأن الخيار بدون الاشتراط ثابت من حين العقد فاشتراطه من حين التفرق شرط مخالف لما اقتضاه العقد ، فان الثابت بالعقد ثبوت الخيار من حينه .

فعلى هذا القول يكون شرطه من حين التفرق لا من حين العقد مخالفاً لما يثبت بالعقد ، فكل شرط ينافي مقتضى العقد وماثبت به باطل بالاتفاق .

وفيه : مالا يخفى ، لان محل الاتفاق في بطلان الشرط ماكان منافياً لمقتضى العقد وأما ماكان منافياً لاطلاقه فلا دليل على البطلان ، بل أكثر الشروط الصحيحة لولم تكن كلها ـ منافية لاطلاق العقد كما بسطنا بعض الكلام فيه ـ فيما سبق ـ وسيجيء تمامه فيما سيأتي .

ولاريب في كون مبدأ الخيار من حين العقد انما هو من جهة الاطلاق كما هو صريح التذكرة ، بقوله : اذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق . ومع ذلك لاوجه لان يقال في وجه عدم جواز الاشتراط : أن الشرط باطل لكونه منافياً لمقتضى العقد .

وثانيها : أن الخيار هناك انما جاء من قبل الشرط ، بخلاف المقام ، فان الخيار هنا انما جاء من جهة الاشتراط ، وهذا الوجه ما اعتمده شيخنا الاستاذ في سالف الزمان .

وتوجيهه : ان ماذكره من «التذكرة» من البطلان هو ماكان الخيار مجعولا بحسب الشرع عند الاطلاق من حين العقد كخيار الحيوان ، فانه اذا جعلنا مبدأه عند الاطلاق من حين العقد ، فجعله من حين التفرق بسبب الاشتراط يوجب البطلان ، لعدم جواز تغيير مايثبت من جهة نفس العقد ، وأما هذا الخيار ـ أعني

خيار الشرط ـ فهو بيد الشارط مانع لما اشترطه ، فاذا اشترط ثبوته بعد الرد فيتبع ، فيحكم بالصحة .

وفيه : أيضاً مالا يخفى ، لانه لافرق في لزوم الجهالة في مدة الخيار بين ما كان الخيار ثابتاً من جهة العقد فاشترط ثبوته بعد التفرق أوماكان من جهةالشرط ، فاشترطه بعد الرد ، فكما أن اشتراط الخيار بعد التفرق باطل لايجابه الجهالة في مدة الخيار حيث لم يعلم زمان التفرق ، فكذلك اشتراطه بعد الرد أيضاً باطل للجهالة في مدة الخيار حيث لم يعلم زمان الرد .

هذا ، ويرد على كلا الوجهين معاً : أنهما اجتهاد في مقابل النص ، فان الوجهين مبنيان على أن المراد من الخيار الذي ذكره العلامة في «التذكرة» غير خيار الشرط ، وأن الوجه في بطلانه غير لزوم الجهالة في مدة الخيار .

فهذا خلاف ماصرح «قده» فانه «قده» علله في ذيل العبارة المذكورة بلزوم الجهالة في زمان الخيار ، وأن المراد من الخيار هو خيار الشرط ومن الاطلاق في قوله عند الاطلاق هو اطلاق الاشتراط من دون تقييده من حين العقد ، أو من حين انقضاء خيار المجلس ، أو خيار الحيوان مثلا .

فالوجه حينئذ في بطلان اشتراط الخيار من حين التفرق هو لزوم الجهالة في مدة الخيار بسبب جهالة زمان التفرق كما صرح به بهذا التعليل ، فحينئذ يشكل الفرق بين اشتراطه بعد الرد وبين اشتراطه بعد التفرق ، حيث أن زمان التفرق وزمان الرد كلاهما مجهولان ، فلاوجه للتفكيك بينهما بالصحة في الاول والبطلان في الثاني .

فتعين أن الصواب في وجه التفرقة هو الوجه الثالث وهو أن يقال : أن الخيار المعلق على الرد المجهول زمان تحققه غير قادح ، لان أمر الرد بيد الشارط ومقدور له من أول العقد الى انقضاء المدة ، فلايتفاوت حينئذ كون الزمان زمان الخيار

أو زمان ايجاد الخيار بايجاد سببه وهو الرد بخلاف التفرق لان أمره ليس بيد الشارط البائع وليس مقدوراً له ، لان ثبوت التفرق وارتفاعه انما يحصل بسبب اختيار البائع واختيار المشتري معاً .

فلو اراد البائع الشارط التفرق لم يكن مقدوراً له ، لانه ربما يصاحبه المشتري لئلا يحصل التفرق الذي هو زمان خيار المشترك والمحدث للخيار المختص للشارط البائع .

فتعين أن التفرق المحدث للخيار ليس بيده ، فجهالة زمان حدوث الخيار فيه قادحة ، دون ما نحن فيه ، وهذا هو الفرق والمتعين فيما أراده شيخنا العلامة الانصاري «قده» من قوله : لكن الفرق يظهر بالتأمل .

فلنعد الى ما ذكره شيخنا العلامة «قده» في كتابه : في أصل الاستظهار والرد والمناقشة نظر . وقد بيّنا ماذكره في وجه ملخصاً .

أقول : في تنظيره فيما ذكره المحقق الاردبيلي «قده» وفي الرد وفي المناقشة نظر .

أما في الاول : فلان نسبة القول بعدم سقوط الخيار بالتصرف في الثمن المعين مع اشتراط رد العين ، ثم الايراد عليه ـ بأنه لاتخصص لدليل سقوط الخيار بالتصرف ـ ظاهر الفساد ، لان الاردبيلي «قده» لايقول بأن التصرف غير مسقط للخيار في مفروض كلامه .

ومحل النزاع ـ حسب ما حرره ـ أعني ماكان الثمن معيناً مع اشتراط رد العين أو حمل الاطلاق عليه ، ضرورة أنه لم يقل به متفقه فضلا عن مثل المحقق الاردبيلي «قده» أن التصرف لايسقط الخيار فيما كان الثمن معيناً ومشروطاً برد عينه لامثله وبدله .

فمن المعلوم اذاً اشترط رد الثمن بشخصه وعينه لابد من أن يكون تصرفه

واتلافه مسقطاً للخيار حينئذ قطعاً ، اذ بعد اتلاف عين الثمن عقلا أو شرعاً لايحصل الشرط المحدث للخيار أبداً فيكون ذلك التصرف مسقطاً له قطعاً .

فمع ذلك لاسبيل الى نسبة الخلاف في مثل تلك الصورة الى مثل الاردبيلي «قده» ، بل المحقق الاردبيلي «قده» انما يقول بعدم كون التصرف مسقطاً فيما كان المشروط رد الاعم من الثمن وبدله ، فانه اذا اشترط رد الاعم من العين والبدل ولا يكون التصرف في العين حينئذ مسقطاً للخيار ، لعدم كشفه عن رضائه بالعقد، بل بناء المتعاقدين وغرضهما هو انتفاع البائع من الثمن وتصرفه فيه كما هو مقتضى شرطهما، حيث اشترطا الاعم، فحينئذ لو سقط الخيار سقطت الفائدة من جعل الخيار للبائع ويكون الاشتراط لغواً .

ومن جهة ذلك قال : ان المدار في هذا الخيار على التصرف. واستظهره من الخبر الموثق المتقدم المنزل على ما هو الغالب المتعارف من بناء المتعاقدين على التصرف في الثمن واشتراطهما رد الاعم من الثمن وبدله .

وهذا هو محل النزاع ـ أعني فيما كان المشروط رد الاعم من عين الثمن وبدله ـ.

هذا وقد وقع النزاع في أن التصرف هل هو مسقط للخيار أم لا؟ فمن ذهب الى المسقطية، قال : بأن التصرف كاشف عن رضائه بالعقد ، فيكون مشمولا لاطلاق الادلة الدالة على سقوط الخيار بالتصرف .

وأما المحقق الاردبيلي «قده» أنكر ذلك وقال بعدم المسقطية ، لان بناء المتعاقدين في هذا العقد المشروط برد الاعم من الثمن والبدل على التصرف في الثمن مع جعل الخيار للبائع عند حصول الرد كما تقتضيه الحكمة المشرعة لهذا العقد .

والخبر الموثق بل القول بالمسقطية في مفروض الكلام غير معلوم ، ولذا قد يقال :بأن النزاع بينهم لفظي بمعنى أن من يقول بسقوط الخيار بالتصرف انما

هو في صورة اشتراط رد عين الثمن بخصوصه ، ومن يقول بعدم سقوط الخيار انما هو في صورة اشتراط رد الاعم من الثمن والبدل ، فارتفع النزاع بينهم .

فكأن شيخنا العلامة الانصاري خرج عن محل النزاع واشتبه في مجرى محل النزاع ، وأورد على المحقق المذكور بما سمعته .

وأما في الثاني فلانه لانسلم الاجماع على سقوط الخيار بالاسقاط القولي قبل زمان الخيار أولا ، ولو سلمنا فيكون هو الفارق بين الاسقاط الفعلي والقولي ثانياً. فيكون الحاق الفعلي بالقولي مصادرة صرفة .

ثم قال «قده» : ان هذا مبني على الوجه الاول المتقدم من الوجوه الخمسة في مدخلية الرد في الخيار ، ولا دليل على تعينه .

وفيه : أن ذلك انما يقول بظهور الاخبار بالنسبة اليه أو أنه يقتضيه مدلـول الجملة الشرطية الواقعة في متن العقد ، بأن يقال : ان رددت الي الثمن فيكون لك الخيار أو يكون المثمن لك، ولا أقل من الاحتمال، فمقتضى أصالة عدم ثبوت الخيار حتى يحصل الرد هو تعين الوجه الاول .

وأما في الثالث : فلان الجهالة مبطلة مطلقاً للزوم الغرر والجهالة ، سواء كان زمان التسلط على الرد محدوداً معلوماً أم لا ، فان كون أمر الرد بيده لايكفي في عدم مجهولية زمان الخيار فيكون مجهولا من جهة جهالة المبدأ كيف ولازم ما ذكره جواز تعليق الخيار على كل ما كان أمره بيده مع تحديد مدة ذلك الامر ، كأن يقول «بشرط أن يكون لي الخيار ان صليت في المسجد أو أكرمت زيداً» أو نحو ذلك الى سنة . والالتزام به في غاية الاشكال، والقول بعدم كون هذه الجهالة غير قادحة، ليس ببيّن ولا مبيّن .

فالحق في المقام أن يقال : أنه اذا اشترط رد الاعم من الثمن وبدله كان التصرف في الثمن ليس مسقطاً للخيار، كما ذكره المحقق الاردبيلي «قده» وأما اذا اشترط رد عين الثمن كان التصرف المتلف مسقطاً للخيار قطعاً .

ومن هذا يمكن أن يقال في مجرى محل النزاع : أن النزاع بينهم لفظي ، فمن يقول بالمسقطية انما هو في الصورة الثانية ، ومن يقول بعدمه انما يقول في الصورة الاولى ، مع كون مرادهم من التصرف : التصرف المتلف .

أو يقال في مجرى محل النزاع : أن نزاعهم انما هو في صورة الاطلاق من غير تقييد برد عين الثمن أو الاعم ، فيكون النزاع في الصغرى ، أي في تنزيل الاطلاق على الصورة الاولى ، ولايكون التصرف حينئذ مسقطاً ، أو في تنزيله على الصورة الثانية فيكون مسقطاً .

فالنزاع المتعقل في الجملة هو صورة الاطلاق في الرد مجرداً عن تقييده بالعين الخاصة أو الاعم منه ومن بدله، أو كان المراد من التصرف مطلق التصرف الغير المنافي لرد العين ، كالركوب والاستخدام ، فيتعقل النزاع حينئذ فيما اشترط رد العين ، خاصة أيضاً .

فمن يقول بالسقوط بمجرد التصرف ، لاطلاق أدلة تصرف ذي الخيار في زمن الخيار مسقط للخيار ، لكونه كاشفاً عن الرضا بالعقد . ومن يقول بعدمه لخروج خصوص هذا البيع الخياري عن مورد تلك الادلة من جهة بناء المتعاقدين، والمدار في هذه المعاملة على التصرف . فتدبر جيداً .

بقي هنا أمور ينبغي التنبيه اليها

(الاول) أنه اذا اشترط رد عين الثمن خاصة، استشكل في صحته بعض الفقهاء، وهو في محله ، بل التحقيق بطلانه ، للتعليق والجهالة أما التعليق كما أنه مبطل اذا وقع في الايجاب والقبول كذلك في الشروط ، الا اذا ورد الدليل على صحته وأما الجهالة : فكذلك موجب للبطلان ولو كان في الشروط لاطلاق الادلة النافية للغرر من الاجماع والاخبار .

نعم اذا ورد في مورد خاص دليل مخصص لادلة الغرر يتبع ذلك وهو في المقام مفقود ، اذ الاخبار الواردة في الباب منصرفة أوصريحة الى صورة الاطلاق في اشتراط رد الثمن أوفي صورة رد الاعم من الثمن وبدله ، كما لايخفى على من لاحظ الاخبار المذكورة .

فعلى هذا : فالقسم الاول ـ أعني شرط رد العين ـ باطل لعدم الدليل على صحته مع ايجاب الغرر والجهالة بطلانه .

(الثاني) هل يجب ردالعين عند بقائها في صورة اشتراط ردالاعم أم لا؟ بمعنى أنه : هل يكفي رد بدل الثمن مع ابقائه لو اتفق عدم تصرف البائع فيه أم لا ، بل لابد من الفسخ من رد العين حينئذ ؟.

فقيل بلزوم ردالعين، لانه مع بقائها لامعنى للبدلية ولوشرط الاعم ، فان فائدة الاشتراط عند صورة التلف ، فيرد البدل و يحصل الخيار عند اشتراط الاعم والا فليس له الرد .

وقيل : لايلزم رد عينه ، بل يجوز ابقائه لانه ملكه وردمثله وبدله للثبت على الخيار تجمداً بمقتضى شرطه ولعله الاقوى .

(الثالث) اذاجعل هذا الخيار للاجنبي، فهل تصرفه مسقط للخيار أوتصرف المالك ؟ وقدذكره بعض الفقهاء وقال :

والتحقيق أن يقال : أن التصرف المسقط اما نقول به للتعبد أو للكشف عن الرضا النوعي أوالشخصي .

وعلى الاول : لايكون مسقطاً للخيار ، لامن المالك ولا من الاجنبي ، لان تصرفهما خارج عن مصب الاخبار . أما المالك : فلعدم كونه ذاالخيار ، وأما الاجنبي : فلعدم كونه مالكاً ، مع انصراف الاخبار عن تصرف الخيار اذا كان مالكاً .

وعلى الثاني : ..... [1] .

لو تلف المبيع كان من المشتري، سواء كان تلفه قبل رد الثمن أو بعده . أما قبل رده قال في «الجواهر» كما أن النماء له ـ أي للمشتري ـ فالتلف منه بلا خلاف، للصحيح والموثق .

أقول : كون التلف على المشتري ـ بناءاً على مذهب الحق والمشهور ـ على القاعدة ، لانه ملك له و معلوم أن تلف الملك على مالكه، وانما الاشكال بناءاً على مذهب الشيخ ومن تبعه، حيث أنه ذهب الى أن الملك انما يحصل بعد انقضاء الخيار. فمقتضى كون التلف من المالك أن تلف المبيع قبل الرد على البائع على هذا المذهب لانه لم يحصل الملكية قبل انقضاء الخيار .

ولكن الظاهر أن دعوى عدم الخلاف في أن التلف على المشتري عدم خلاف الشيخ أيضاً ، فلابد من بيان الوجه في ذلك ، فنقول :

أن مذهب الشيخ في حصول الملكية بعد انقضاء الخيار في الخيارات المنفصلة كما في المقام، حيث أن الخيار انما يحدث بعد حصول الرد على مذهب المشهور وكما في تأخير الثمن وأمثال ذلك لايخلو من وجوه ثلاثة :

أحدها : حصول الملكية اللازمة للمشتري قبل حدوث الخيار ، فاذا حدث الخيار ـ كما في صورة تحقق الرد وتأخير الثمن ـ يعود الملكية الى البائع ، ثم ان حصل الفسخ يبقى في ملك البائع ، وان انقضى زمان الخيار ولم يحصل الفسخ من ذي الخيار تحصل الملكية للمشتري .

وهذا الوجه وان كان بعيداً ـ كما أشار اليه في «الجواهر» ـ للزوم عود الملكية الى البائع بلاسبب، الا أن كون التلف قبل الرد على المشتري يكون على القاعدة، لانه ملك له .

---

١) هنا فراغ بمقدار أسطر .

والثاني : ان الشيخ انما يقول في الخيارات المنفصلة على طريقة المشهور بثبوت الخيار من أول الامر ، بمعنى أنه ليس في الشرع على مذهب خيار منفصل بل الخيار في المقام وفي تأخير الثمن ثابت من حين العقد ، غاية الامر يكون تأخير الثمن كاشفاً عن ثبوت الخيار من حين العقد، كما ذكر هذا الوجه الشيخ الورع وجهاً على مذاق الشيخ .

والثالث : عدم حصول الملكية للمشتري أصلا في الخيارات المنفصلة حتى ينقضي زمان الخيار ، غاية الامر في زمان الخيار كان لذي الخيار الفسخ واخراج ملكيته عن التزلزل، وأما قبل مجيىء زمان الخيار أي قبل حصول الرد وقبل تحقق التأخير ليس للبائع الفسخ واخراجه عن التزلزل .

فعلى هذين الوجهين كان المبيع في ملك البائع من دون انتقاله الى المشتري ملكاً متزلزلا بسبب ايقاع العقد ، الاأنه على الوجه الاول كان له الخيار ـ أي للبائع أن يفسخ ـ وتستقر الملكية لنفسه ، حيث ان الخيار ليس منفصلا ، وأما على الوجه الثاني ـ أي على الوجه الاخير : ليس للبائع ذلك بل تترتب عليه آثار الملكية اللازمة للمشتري فلايقدر البائع على الفسخ واستقرار ملكية المبيع لنفسه وان كان ملكاً له .

وأوجه الوجوه هو الاخير . فالوجه في كون تلف المبيع على المشتري حينئذ أن يقال : أما في الوجه الثاني : فلانه وان كان ملكاً للبائع الاأنه لما كان قبل الرد أيضاً زمن الخيار فيكون تلفه على المشتري بقاعدة أن التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له وكذلك على الوجه الاخير فانه وان لم يكن ملكاً للمشتري وليس للبائع أيضاً خيار فعلي . الاأن المناط القاعدة، أعني تزلزل الملك يجري هنا بمعنى أن المبيع في شرف أن يكون ملكاً للمشتري وكان البائع أيضاً في شرف كونه ذا الخيار ، فيجري على البائع والمشتري حكم التلف المقرر لذي الخيار

ومن عليه الخيار .

هذا غاية التوجيه على مذهب الشيخ في كون التلف على المشتري قبل رد الثمن وان كان بعيداً .

أقول : ويمكن أن يقال أيضاً في كون التلف على المشتري قبل رد الثمن ـ على مذهب الشيخ ـ حيث لم يدخل في ملك المشتري كما هو مقتضى الوجهين أنه لاينقص حينئذ عن المقبوض بالسوم بل هو عينه على مذهب الشيخ فكما أن المقبوض بالسوم تلفه على المشترى كذلك تلف المقبوض للمشتري عليه . ولا اشكال ان يده حينئذ ليست من الايدي التي لم يتطرق عليها الضمان .

هذا كله قبل رد الثمن . وأما اذا تلف المبيع بعد ردالثمن : فقد أرسله شيخنا العلامة الانصاري أن تلفه أيضاً على المشتري .

وهذا الاطلاق حسن على القول باحتياج الفسخ بعد الرد ، لانه حينئذ ملك للمشتري ، فما لم يفسخ ـ وان حصل الرد ـ يكون تلفه على المشتري لانه مالك له ، مضافاً الى أنه في زمن الخيار ، فيكون تلفه على من عليه الخيار .

و أما على القول بالانفساخ بمجرد الرد ، أو أن الرد فسخ فعلي ، فيشكل حينئذ أن المبيع بعد الرد صار ملكاً للبائع ، فيكون تلفه حينئذ على البائع دون المشتري . الا أن يقال أن يد المشتري حينئذ لم تخرج عن يدضمان ، اذيده كانت يدضمان قبل الرد ، فتستصحب أيضاً بعدالرد . فتأمل .

والذي يسهل الامر أن هذه الفروع واطلاق شيخنا العلامة « قده » انما هو على مذهب المشهور، فتكون يد المشتري يدضمان كماصرح به في « الجواهر»

وأما سقوط الخيار وعدمه : فظاهر المشهور عدم سقوط الخيار مع تلف المبيع لان الخيار حق تعلق بالعقد لابالعين، فيفسخ وينحل العقد ، فيسترد المثل أوالقيمة عند تلف العين .

نعم على القول بتعلق حق الخيار على العين يدور مدار العين. ولكن هذا القول ضعيف كما سمعت سابقاً وستسمع فيما يأتي تفصيلا انشاءالله ، لان القاعدة المقررة عند المشهور : أن تلف المبيع في زمن الخيار لايسقط الخيار الاأن يدعى في خصوص المقام بأنه وان كان المقرر عند المشهور عدم سقوط الخيار في سائر الخيارات الاأنه في هذا البيع الخياري خصوصية توجب لعدم ثبوت الخيار مع التلف كما ذكره شيخنا العلامة « قده » .

ويحتمل عدم الخيار. والوجه في ذلك قد يقال : أن غرض البائع من جعل هذا الخيار استرداد عين ماله ، ولايتم الابالتزام ابقائه حتى يفسخ لوشاء . و أما لو تلف المبيع فلم يتعلق غرض البائع على مثله وبدله فلاينتقض بسائر الخيارات كخيار المجلس والحيوان والشرط ، لان غرض المتبايعين انما تعلق بمالية المبيع ارفاقاً لذي الخيار المجعول له الخيار بحسب الشرع . وأما في هذا الخيار انما جعل الخيار لغرض استرجاع العين .

وقديقال أيضاً بوجه آخر في عدم الخيار وهو : أن ظاهر حال المتبايعين اعتبار بقاء المبيع في ذلك ، ومنشأ الظهور هو انصراف حال الشارط الى ابقاء العين ثم استرجاعه عند الفسخ. ومن ذلك يظهر الوجه في وجوب ابقاء المشتري العين وعدم جواز تصرفه الى انقضاء المدة بخلاف سائر الخيارات، فيجوز التصرف في زمن الخيار فيها .

وكيف كان ففي المسألة أقوال ثلاثة :

قول : بثبوت الخيار مطلقاً ، سواء كان قبل رد الثمن أو بعده ، وسواء تلف المبيع أم لا ، كما أطلق شيخنا العلامة « قده » في كتابه ، ونسبناه الى المشهور ، وعللناه بأن الخيار حق يتعلق بالعقد وليس بمنوط على بقاء العين وعدمه .

وقول : بعدمه مطلقاً ، كما احتمله في الكتاب بناءاً على أن مورد هذا الخيار

هورد الثمن وارتجاع العين .

وقول : بالتفصيل في التلف بين قبل ردالثمن وبين بعد رده ، فيسقط الخيار في الاول دون الثاني ، كما اتجه له شيخنا في « الجواهر » حيث قال: وكماأن النماء له ـ أي للمشتري ـ فالتلف منه بلاخلاف، للصحيح والموثق بلهو كذلك وانكان بعد الرد ، الأأنه مضمون عليه ، لانه وقع في زمان خيار البائع ، فله حينئذالفسخ ثم الرجوع الى المثل والقيمة، بخلاف التلف قبل الرد، الذيليس هوزمن الخيار كي يستحق الرجوع عليه ، بل المتجه سقوط الخيار. انتهى .

ولايخفى أن هذاالتفصيل منه «قده» مبني علىمذهب المشهور ، من أنزمان الخيار انما هو بعد الرد وأن الفسخ انما يحصل بانشائه لابمجرد الرد ، ولااشكال في ذلك ، وانما الاشكال في وجه التفصيل وهو أن يقال : أنه لوتلف المبيع بعد رد الثمن الذي هوزمن الخيار للبائع تصير العينمضمونةعلىالمشتري، بمعنىتعلق حق خيار البائع على بدلها ، فيكون البدل قائماً مقامه عندالشارع ، فكان منعليه الحق ـ أعني المشتري ـ في المقام مكلف على اخراج ذمته عنحق ذي الخيار أعني البائع ـ اما بالعين أوببدلها .

فلكون ذلك زمن الخيار يصير البائع ذاحق في كل آن من الانات ، أما قبل التلف فواضح ، وأما بعد التلف : فلتعلقه على بدلها في ذمة المشتري . فيتعلق حقه الثابت على ارتجاع العين على بدلها عند تلفها ، حيث أن التلفانما حصل في زمان ثبوت الحق ، فلا يسقط الخيار حينئذ لبقاء موضوعه وحصول الثمرة في جعل الخيار وبقائه .

فان المبيع مضمون على المشتري في زمن الخيار بمعنى لو فسخ العقد يتعلق الحق على ارتجاع العين أو على بدله عند التلف ، بخلاف ما كان تلف المبيع قبل رد الثمن الذي ليس هو زمن الخيار ، لان المبيع عند تلفه ليس

مضموناً على المشتري حينئذ ، لان الشخص لا يضمن على نفسه عند تلف ماله وليس متعلقاً لحق الغير عند التلف حتى يتعلق حقه ببدله فيكون ثبوت الخيار حينئذ ـ أي اذا تلف قبل رد الثمن ـ مما لاوجه له ، اذ المفروض انه لم يثبت قبل رد الثمن ـ كما عليه المشهور ـ وبعد رده لم يبق موضوع المبيع بعد ، فيلغو جعل الخيار حينئذ ، اذ تلف المبيع لم يكن في زمان تعلق الحق حتى يتبدل منه الى بدله .

وهذا هو الوجه للتفصيل الذي ينبغي أن يذكر في المقام .

وبهذا البيان يندفع ما أورده بعض المعاصرين من السادة على عبارته المحكية من منافاته لما استظهر كون الخيار في مجموع المدة ، ومن أن كون ضمان المبيع على المشتري انما هو بمقتضى القاعدة الاولية ، فلا سبيل حينئذ الى اجراء قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له لانها انما ثبت في مورد مخالفة القاعدة الاولية لامطلقاً .

ومن أن مقتضى جريان قاعدة التلف حصول الانفساخ كما في قاعدة التلف قبل القبض لاخبار الفسخ .

وجه الاندفاع واضح.

أما الاول : فلما ذكرنا من أن هذا الفرع انما هو مبني على مذهب المشهور فلا منافاة لاختياره غيره في أصل المسألة .

وأما الثاني والثالث : فلعدم تمسكه بقاعدة التلف ، حتى يقال أنه ليس من مجاريه وأن لازمه الانفساخ لا الفسخ .

ولعله انما اشتبه عليه الامر من قول صاحب «الجواهر» في عبارته المحكية، لانه مضمون عليه وقد عرفت المراد منه .

وليس الغرض منه أن تلف المبيع على المشتري للقاعدة بل انما المقصود

الفرق بين زمن الخيار وغيره ، حيث أن المبيع مضمون على المشتري في زمن الخيار ، بمعنى يتعلق حق الارتجاع على العين أو على بدله بخلاف صورة ما لم يكن في زمن الخيار ، فان المبيع حينئذ تلف من دون تعلق حق به أو ببدله لعدم جعل الخيار قبل الرد وبعد الرد فقد انتفى الموضوع ، فلا فائدة لثبوت الخيار حينئذ .

نعم يرد على هذا التفصيل من النقض والحل حسبما يأتي ذكره عند التكلم في تلف الثمن ، فانتظر .

هذا كله في المثمن ، وقد ظهر لك أن الحق في التلف أنه على المشتري لانه ملكله ،وفي الخيارعدم سقوط خياره ، لما قرر أن التلف في زمن الخيار لايسقط الخيار، لانه حق متعلق بالعقد لابالعين .

وأما الثمن : فلو تلف ، فلا يخلو اما أن يكون بعد الرد والفسخ أو قبلهما أو بعد الرد وقبل الفسخ . أما في الصورة الاولى فلا اشكال ـ ظاهراً ـ أنه من المشترى لانه صار ملكاً له بسبب الفسخ .

وأما في الصورة الثانية: وجهان بل قولان مبنيان على عموم القاعدة المقررة عندهم ـ أعني أن التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له ـ على الثمن أيضاً والتعدي من المورد المنصوص الى غيره وعدم العموم في تلك القاعدة المخالفة للقاعدة الاولية .

وقد اختار الاول شيخنا العلامة الانصاري «قده» تبعاً لغير واحد ، بقوله : لكن الظاهر من اطلاق غير واحد عموم القاعدة للثمن واختصاصها بالخيارات الثلاثة ـ أعني خيار المجلس ، والحيوان والشرط ـ ويؤيده المناط الذي ذكره الفقهاء في طي كلماتهم من تزلزل العقد ، فان التزلزل كما يكون في المثمن كذلك

يكون في الثمن ـ أي كما يكون الخيار في ارتجاع المبيع ورده كذلك يكون في ارتجاع الثمن ورده .

وذهب الى الثاني شيخنا في «الجواهر» من أن التلف على البائع لاختصاص تلك القاعدة بالمثمن مستظهراً برواية معاوية بن ميسرة، قال : سمعت أبا الجارود يسأل أبا عبدالله عليه السلام عن رجل باع داراً من رجل وكان بينه وبين الذي اشترى الدار خلطة ، فشرط : انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين ، فالدار دارك فأتاه بماله ؟

قال عليه السلام : له شرطه . قال له أبو الجارود : فان هذا الرجل قد أصاب في هذا المال في ثلاث سنين ؟

قال عليه السلام : هو ماله ، وقال عليه السلام : أرأيت لو أن الدار احترقت ، من مال من كانت ؟ يكون الدار دار المشتري .

ثم نسب الخبط الى بعض الاعلام الناشيء من الوهم من أن المراد من قاعدة التلف في زمن الخيار ممن لاخيار له وانها أعم من الثمن والمثمن ، وخيار الشرط والحيوان وغيرهما .

ثم قال : وهو من غرائب الكلام ، ضرورة كون النص والفتوى في خصوص المبيع دون الثمن .

ثم ان وجه الاستظهار : فيه خفاء بل منع كما قال شيخنا العلامة «قده»:

لم أعرف وجه الاستظهار ، اذ ليس فيها الا أن نماء الثمن للبائع وتلف المبيع من المشتري وهما اجماعيان وهذا مبني على أن يكون الاستظهار من جهة المقابلة حيث استعجب السائل من جهة نماء الثمن بقوله : فان هذا الرجل قد أصاب في هذا المال ؟ فقال الامام عليه السلام : أرأيت لو أن الدار احترقت ، من مال من كانت ؟ بمعنى أن نماء الثمن للبائع لااستعجاب له ،بل تلفه أيضاً عليه ، كما أن المبيع

كالدار لو تلفت يكون من المشتري ونمائها أيضاً له .

فمن ذلك أورد عليه :أن الروايةلم يثبت منهاهذا التعميم بل انما الثابت منها نماء الثمن وتلف الثمن فقط .

أقول : يمكن أن يكون وجه الاستظهار شيء آخر ، وهو ترك الاستفصال من قوله عليه السلام : له شرطه بعد قول السائل : فشرط انك ان أتيتني بمالي ما بين ثلاث سنين ، فان قوله « أن أتيتني بمالي » مطلق ، سواء تلفت عين المال أم لا ، وسواء كان ذلك التلف قبل رده ،أو بعده قبل الفسخ . فلابد في جميع الصور حصول الرد من البائع ليتحقق قوله « له شرطه » أي للمشتري أن يقول :جئتني بمالي عيناً أو بدلا حتى تكون الدار دارك ، فاذا تلفت عين الثمن فلابد عليه من اتيان بدله ،سواء كان التلف قبل الرد أو بعد حتى تكون الدار داره، فلوكان التلف من المشتري حينئذ يصير لازمه انفساخ العقد ولم يبق للمشتري حينئذ شرط فلا يبقى لقوله « له شرطه » محل في هذه الصورة .

وكيف كان ،الظاهر هو عدم العموم في القاعدة حتى يجري في الثمن ،لان مدركها مع كونها خلاف الاصل ليس الا الاخبار ، وهي لاتدل على العموم ، بل لابد من الاقتصار على مورد القدر المتيقن ، أعني ما كان التلف في المبيع في خيار الحيوان والشرط ، لان الاصل : « تلف كل شيء على مالكه » ويخرج من هذا ما ثبت بالدليل ولم يثبت أكثر مما ذكره شيخنا في « الجواهر » من أنها مختصة بالمبيع في الخيارات المختصة ، مع أنها مخالفة لقاعدة الخراج بالضمان بضميمة الاجماع على أن النماء في الثمن للبائع .

ولكن قاعدة التلف لو كانت جارية لكانت حاكمة على قاعدة الخراج لان معنى كون التلف على غير ذي الخيار أنه ينفسخ البيع قبل التلف آناً ما ليكون التلف في ملك من لاخيار له ،ومقتضى قاعدة الخراج أن الضمان على المالك

للعين ، فلا منافاة .

نعم لو أخذنا بعموم قاعدة الخراج ، وقلنا: أن كل من له النماء يكون ضامناً لتلف العين وان لم يكن مالكاً لها كالمستعير والمستأجر والمباح له المنفعة ونحو ذلك، خرج ماخرج وبقي الباقي ارتفعت الحكومة ، لكن من المعلوم أنه ليس كذلك ، اذلايستفاد من القاعدة أكثر مما ذكرنا من أن المالك ضامن .

والحاصل : أن الرواية تدل على أن تلف الثمن من البائع ،فيجب عليه بعد التلف رد بدله لو أراد الفسخ واسترجاع المبيع عملا بالشرط قضية لاطلاق السؤال وقوله عليه السلام « له شرطه » .

فلا يقال : أن غاية ما تدل الرواية أن الرد مستلزم لكون الدار دار البائع وهو حاصل بناءاً على كون تلف الثمن من المشتري أيضاً ، لان لازم الانفساخ أيضاً صيرورة الدار دار البائع .

لانا نقول : قوله عليه السلام : له شرطه ، يدل على أن ذلك من باب الاشتراط والوفاء بالشرط لامن باب انفساخ العقد شرعاً وتعبداً .

وكيف كان ، قصوى ما يستدل به على عموم قاعدة التلف للثمن أيضاً أمران :

أحدهما : عموم أدلة كون التلف في زمان الخيار ممن لاخيار له .

ثانيهما : أن مناطه هو تزلزل العقد ، وهو مشترك بين المبيع والثمن.

فالاول : مدفوع بمنع العموم، اذلا اطلاق ولا عموم للقاعدة ، بل مورد النص والفتوى هو المبيع .

والثاني : مدفوع بمنع المناط القطعي بل الظني أيضاً ، ولو سلّم فلا فائدة فيه لانه لايغني من الحق شيئاً ، ويؤيده ، بل يدل عليه عدم جريانها في غير الخيارات الثلاثة واختصاصها بها ، وهو مما يوهن دعوى المناط قطعاً بكشفه عن

عدم كون التزلزل علّة تامّة .

فاذاً الاقوى هو اختصاص القاعدة بالمبيع لان كون التلف ممن عليه الخيار على خلاف الاصل ، فيقتضي فيه على المورد المتيقّن ، لان الاصل دليل قوي ولايصار عنه الا بدليل قوي والا فلا .

فتعيّن أن تلف الثمن بعد الرد وقبل الفسخ من البائع عملا بالقاعدة .

وأما ما لو تلف قبل الرد : فان قلنا أن الثمن خارج عن مورد قاعدة التلف في زمان الخيار كما اخترناه ، فلا اشكال لان تلفه حينئذ من البائع لانه ملكه ، فتلفه منه لامن غيره وان قلنا بعمومها للثمن أيضاً . وحينئذ نقول :

ان قلنا : أن الخيار ثابت قبل الرد فلا اشكال أيضاً ، لان تلفه على المشتري للقاعدة المذكورة .

وان قلنا بحدوث الخيار بعد الرد وكونه من الخيار المنفصل ، فمقتضى القاعدة كونه من البائع ، اذ لاخيار قبل الرد بحكم الفرض فيكون خارجاً عن موضوع قاعدة التلف في زمن الخيار .

الا أنه مع ذلك قال شيخنا العلامة «قده» بأن تلفه على المشتري ، حيث قال: وان كان قبل الرد فمن البائع بناءاً على عدم ثبوت الخيار قبل الرد .

وفيه : مع ما عرفت من منع المبنى منع البناء، فان دليل ضمان من لاخيار له مال صاحبه هو تزلزل المبيع ، سواء كان بخيار متصل أو منفصل ،كما تقتضيه أخبار تلك المسألة كما سيجيء انشاء الله . انتهى .

ومراده من منع المبنى هو منع عدم ثبوت الخيار قبل الرد ومن منع البناء عدم توقف جريان القاعدة على ثبوت الخيار قبل الرد ، بل هي جارية وان قلنا بعدم ثبوته قبل الرد . وما يمكن أن يستدل به لذلك أمران :

أحدهما: اطلاق ما دل من الاخبار على أن التلف في زمان الخيار ممن لاخيار

له ، سواء كان الخيار متصلا أو منفصلا .

ثانيهما : أن مناط القاعدة هو تزلزل العقد، وهو حاصل في الخيار المنفصل أيضاً كجريانه في الخيار المتصل .

أما الاول : ففيه : أن الاخبار الدالة على القاعدة ثلاثة :

أحدها : ما ورد في خيار الحيوان، من أنه لو تلف في الثلاثة فعلى البائع.

ثانيها : ما ورد في خيار المجلس ، من أنه لو شرط أن لايكون للمشتري خيار فتلفه من المشتري .

ثالثها: ما دل على أن لو اشترط الخيار للمشتري أياماً معدودة فتلف في تلك الايام ، فهو على البائع .

أما الاولان : فلا ربط لهما بالمقام ، لان موردهما الخيار المتصل . وأما الثالث : فالتمسك به في المقام مبني على دعوى الاطلاق من وجهين :

أحدهما: اطلاق الايام المشترط فيها الخيار من حيث الاتصال بالعقد والانفصال.

ثانيهما : اطلاق التلف من حيث حصوله في الايام المعدودة المنفصلة أو قبلها .

والاول وان لم يكن بعيداً ، الا أن الثاني بعيد جداً بل لو سلم الاطلاق من الجهة الاولى فظاهره حصول التلف في الايام لاقبلها ، لانه المنصرف اليه الاطلاق فلا دلالة في الاخبار على المدعى .

وأما الثاني : ففيه : أنه لاتزلزل في المبيع قبل الرد بعد البناء على عدم كونه زمان الخيار ، لان العقد حينئذ لازم قبل الرد فلا تزلزل وانما يحدث التزلزل بعد الرد .

نعم يمكن توجيهه بوجه آخر : وهو أن الخيار حينئذ لو قلنا بحدوثه بعد الرد فليس المراد به ظاهره ، بل المراد به ثبوت الخيار فعلا قبل الرد على وجه

يكون زمان الفسخ بعد الرد، فالرد شرط للفسخ لا للخيار نفسه ، نظير مالو وكله في بيع داره بعد شهر فان الزمان فيه ظرف للفعل لا للوكالة فالوكالة حاصلة فعلا على أن يعمل العمل بعد شهر ، والالزم التعليق في الوكالة .

وكذلك الحال في المقام، بل في كل خيار مفصول، وذلك لان الخيار المفصول لامعنى له ، بل لبه وحقيقته هو أن الزمان المنفصل زمان للفسخ لا للخيار ، فله الخيار فعلا على أن الفسخ بعد الرد .

وهذا هو المراد بتزلزل المبيع، لان الخيار - في الحقيقة - ثابت فعلا ، فالمبيع متزلزل وان كان الفسخ متأخراً، ولذا قلنا أنه لايتعقل - بناءاً على مذهب الشيخ - الخيار المنفصل الا اذا التزم بعدم ثبوت الملك في الخيار المنفصل أيضاً الا بعد مضي زمان الخيار . فيكون متزلزلا من أول الامر ، لأنه لازم أولا فينقلب جائزاً حتى يقال أنه غير معقول .

فكما أنه الحال على مذهبه فكذلك على مذهب المشهور أيضاً ، بمعنى أن الخيار المنفصل راجع الى انفصال زمان الفسخ لانفس الخيار .

وكيف كان ، أنت خبير بأنه راجع الى منع المبنى لاالبناء، وان كان بحسب الظاهر منعاً للبناء حيث يقال أن الخيار -وان كان منفصلا- الا أن المراد الخيار المنفصل هو المعنى المذكور .

فان أراد «قده» ما ذكرنا فهو ، الا أنه يحتاج الى المناط لحصول موضوع القاعدة حينئذ قبل الرد أيضاً .

وان أراد به كون الرد قيداً لنفس الخيار ، فلا وجه له بمعنى تزلزل المبيع، لان العقد حينئذ لازم قبل الرد .

والحاصل : أن المراد بالخيار المنفصل هو ما ذكرنا ، فهو منع للبناء ظاهراً وصورة ، الا أنه منع للمبنى لباً وحقيقة ، لرجوعه الى الخيار المتصل ، فتدبر .

وأما الثالث ، وهو ما يتفرع على كون التلف من المشتري أو من البائع : فهو أنه ان قلنا بأن تلف الثمن من المشتري اما مطلقاً أو في خصوص ما لو تلف بعد الرد ، ووجهه أن كون تلفه منه مع كون الثمن ملكاً للبائع ليس الا لدخوله في ملك المشتري قبل التلف آناً ما ، والا لم يكن تلفه منه ، فكأن الثمن وصل اليه فلا حاجة ثانياً الى رده اليه ، لانه رد حكمي . وهو معنى الانفساخ ، فيرجع البائع بالمبيع ويأخذه من المشتري .

فهو نظير تلف المبيع قبل القبض،لانه ملك للمشتري الا أن تلفه على البائع على خلاف القاعدة تعبداً ولازمه انفساخ المبيع، فيرجع المشتري الثمن ويأخذه من البائع.

وان قلنا بأن تلفه من البائع ، اما مطلقاً بناءاً على منع جريان القاعدة في الثمن ، أو في خصوص ما لو تلف قبل الرد ولو أجرينا القاعدة في الثمن بناءاً على عدم كون ـ قبل الرد ـ زمان الخيار .

فقال «قده» : فالظاهر بقاء الخيار .

وظاهر اطلاقه بقاء الخيار مطلقاً سواء تلف قبل الرد أو بعده . وقد تقدم من «الجواهر» ـ في تلف المبيع ـ التفصيل قبل الرد وبعده: ببقاء الخيارفي الثاني دون الاول ، ووجهناه بما مر . ومثله يجري في تلف الثمن أيضاً .

وحاصل توجيهه: أنه تلف الثمن فيزمان الخيار مضمون على البائع بمعنى أنه لو فسخ وجب عليه رد بدله ، فاذا كان مضموناً كان موضوع الخيار باقياً .

وهذا بخلاف ما لو تلف قبل الرد الذي ليس زمان الخيار ، اذ لاضمان فيه حينئذ حتى ينتقل الى البدل، لعدم ثبوت سبب الضمان ـ وهو الخيار ـ فاذا تلف لم يبق للخيار موضوع أصلا .

لكن يدفع أصل التفصيل في المقامين أنه يكفيفي بقاء الخيار ثبوت البدل في زمان من الازمنة ولو لم يكن ثابتاً فعلا، وهو حاصل فيالتلف قبل الرد أيضاً

لثبوت الضمان فيه معلقاً على مجيء زمان الخيار ، كيف وضمان الثمن تعليقي ولو بعد الرد أيضاً ، لكونه معلقاً على التلف والفسخ بعده ، والا فهو ملك للبائع قبل الفسخ .

فضمانه له ليس الابمعنى أنه لو تلف وأراد الفسخ وجب عليه رد البدل فكذلك قبل الرد أيضاً ، فاذا تلف فيه أيضاً وجب عليه ردالبدل لو أراد الفسخ ، فالتفصيل في بقاء الخيار بين تلفه قبل الرد وبعده باطل ، بل الخيار باق مطلقاً ، فيرد البدل لو تلف قبل الرد ويرتجع المبيع .

اقول : هذا التفصيل لاوقع له في الثمن أصلا ، لان بقاء الخيار بتلفه وعدمه مبني على النظر في كيفية اشتراط الرد ، فان اشترط رد العين خاصة سقط الخيار ، وان اشترط ردالاعم بقي الخيار ، فيرد البدل لو تلف وأراد الفسخ ، والاطلاق أيضاً راجع الى أحد الوجهين .

نعم ، التفصيل له وقع في تلف المبيع ، لكن مبناه ليس هو البيان المذكور لانه شبيه بالمصادرة بل عينها .

بل وجهه : أن تعلق الحق بالبدل فرع تعلقه بالعين ، وهو حاصل لو تلف بعد الرد لثبوت الخيار ، بخلاف مالو تلف قبل الرد ، اذلا حق في العين بناءاً على ثبوت الخيار بعد الرد لينتقل بتلفها الى البدل .

لكن يدفعه : أن الخيار ليس حقاً متعلقاً بالعين بل متعلق بالعقد ، وتختلف لوازمه باختلاف الموارد من استرجاع ان كانت موجودة ، وبدلها ان كانت تالفة مضافاً الى منع المبنى ، اذيكفي في ثبوت البدل تعلق الحق بالعين لوفرض وجودها في زمان الخيار ، ولا يتوقف على تعلقه بها فعلا في زمان من الازمنة . فتدبر .

مسألة: فيما لو كان المشترى غائباً :

فهل للبائع الفسخ برد الثمن الى وكيله الخاص أو العام ، أو الحاكم لولم يكن له وكيل، نظراً الى كون الحاكم ولياً على الغائب فالرد اليه ردالى المشتري، أولا ، فيسقط الخيار لتعذر شرطه وهو الرد الى المشتري ؟ في المسألة أقوال ثلاثة :

الاول : ماحكي عن المحقق القمي « قده » في أجوبة مسائله : من حصول الشرط بالرد الى الحاكم .

الثاني : ماحكي عن صاحب « المناهل » : من سقوط الخيارلتعذر الشرط .

الثالث : مانسب الى صاحب « الحدائق » حيث نسب الى المشهور بل ادعى الاتفاق على عدم العبرة بحضور المشتري أصلا وجواز الفسخ وجعل الثمن أمانة الى أن يجيء المشتري ، فلايحتاج الى الرد الى الحاكم أيضاً .

وتحقيق المسألة مبني على تشريح صور .

فنقول : تارة يصرح باشتراط الردالى خصوص المشتري خاصة لاغير . وهو غرض عقلائي لاضير فياشتراطه لان تضييق دائرة الخيار من أهم المقاصد،لكن مع ذلك قد تمنع صحة هذا الشرط لخروجه عن الاغراض المتعارفة وان تعلق به بعض الأغراض الشخصية، اذلاعبرة بالاغراض النادرة الشخصية ، بل المدارعلى الاغراض النوعية الغالبة المتعارفة ، ولذا لم يتعرض له « قده » في الكتاب وان كان التحقيق خلافه لمنع كونه من الاغراض النادرة ، كما لايخفى .

وأخرى : يصرح اشتراط الرد اما الى المشتري أو وكيله أو الحاكم أو غيرهما حسب مايشترطه ، فيكون الغرض من الردهو الايصال الى المشتري بأي نحو كان ولو لوكيله من دون أنيكون لخصوص المشتري موضوعية .

وثالثة : يعلم ولو بالتصريح بأن الغرض هو رفع يد البائع عن الثمن وخروجه من ذمته ولو بالتخلية وايجاد ما هو من قبله من المقدمات الاختيارية ولو لم يتحقق الايصال الى المشتري لمانع اختياري منه أو اضطراري .

ورابعة : يطلق اشتراط الرد الى المشتري من دون تصريح شيء من التخصيص أو التعميم .

والاولان خارجان عن محل النزاع قطعاً ، اذ لا عبرة بالرد الى غير المشتري في الاول بلا اشكال . ويكفي الرد الى غيره حاكماً كان أو غيره على حسب ما اشترط في الثاني ، كما أنه لا اشكال في عدم اعتبار شيء منها وكفاية الفسخ وجعل الثمن عنده أمانة ، على الثالث . فالخلاف والاشكال انما هو في الاخير . والنزاع فيه تارة يقع في الصغرى وأخرى في الكبرى .

فتارة يقع النزاع في أن الاطلاق ظاهر في التخصيص أو ظاهر في التعميم أو في ارادة مجرد رفع اليد والتخلية ، أولا ظهور له في شيء منها ، بل مجمل مردد بين الجميع أو البعض .

وأخرى يقع النزاع في أنه بعد احراز ظهوره في ارادة الايصال الى المشتري فهل يقوم الحاكم مقامه أولا ، بل هو وغيره على حد سواء ؟ .

أما الاول ــ وهو النزاع الصغروي ــ : فلا اشكال في أن التجمد على ظاهر الخطاب يقتضي بالاختصاص ومدخلية خصوص المشتري ، الا أن الغالب المتعارف عدم كون هذا الظاهر مراداً ، بداهة أن الغرض النوعي متعلق غالباً بوصول الثمن الى المشتري أو رفع يد البائع عنه وكونه متعلقاً برده اليه بخصوصه بحيث يكون له موضوعية ، نادر جداً .

فالرد الى المشتري في الخطاب مأخوذ على وجه الطريقية لا الموضوعية فهذه الغلبة النوعية التي استفدناها صارفة عن التجمد بظاهر الخطاب القاضي بالموضوعية .

وقد يستشهد لذلك بأنه لومات المشتري قام وارثه مقامه فيثبت الخيار للبائع برد الثمن اليه ، ولومات البائع قام وارثه مقامه فله الفسخ برد الثمن مع خروجها عن ظاهر اشتراط رد البائع الثمن الى المشتري . فيكشف ذلك عن أنه ليس لخصوصية المشتري مدخلية وموضوعية .

وفي شهادتهما نظر ، أما الاول : فلانه مصادرة، لان من يقول بسقوط الخيار بغيبة المشتري يقول به بموته أيضاً .

وأما الثاني : فلان قيام وارث البائع مقامه ليس من جهة كون الشرط هو الاعم من رد البائع نفسه أو وارثه ، بل انما هو من جهة كون الخيار موروثاً بحكم الشارع ، كيف ولو كان ذلك ناشئاً من الاشتراط لجاز شرط الاختصاص أيضاً ، بأن اشترط الخيارلنفسه دون وارثه . وهو ممنوع ، لان مرجعه الى شرط الحكم الشرعى وهو مخالف للكتاب والسنة والشارع جعل الخيار موروثاًفشرط الخيار الى نفسه دون وارثه مخالف له .

ودعوى . أن الخيار انما يكون موروثاً ، اذاكان قابلا للارث والانتقال الى الوارث واذا اشترط الخيارلنفسه خاصة ارتفع الموضوع بموته ، فلاحق لينتقل الى الورثة ، لان الحق حينئذخاص قائم بمحل خاص ، فلاموضوع للارث .

مدفوعة: بأن اشتراط الخيار لنفسه خاصةان رجع الى ارادة كونه حقاًمختصاً به، فهوغيرمحتاج الىالاشتراط .

ولاينافالانتقال الى الورثة، لان كل ملك أوحق لاحد فهومختص بهلايشاركه غيره . و هذا موضوع الارث لان المنتقل الى الوارث ليس الا ما كان مختصاً بالمورث .

وان رجع الى اشتراط المباشرة في الفسخ صح الاشتراط الا أنه لاينافي الارث أيضاً ، لانلازمه ليس الاعدم جواز الفسخ من وكيله مثلا ، أما عدم انتقاله

الى وارثه فهو انما يؤثر في أن المباشرة للفسخ حال حياته هو نفسه لاغيره . وهذا لاينافي انتقاله الى وارثه .

وان رجع الى اشتراط عدم انتقاله الى وارثه ، فهو شرط مخالف للشرع ، فاشتراط الخيار لنفسه لايوجب سقوطه عن وارثه و حينئذ فيكون قيام الوارث مقامه في الرد من باب كون الخيار حقاً موروثاً لامن باب تعميم دائرة الشرط بملاحظة الغرض .

هذا على تقدير تسليم انتقال الخيار الى ورثة البائع ، لكنه قديمنع رأساً لعدم كونه حقاً ثابتاً فعلياً بناءاً على المشهور من حدوثه بعدالرد . وماوجهناه به صحة اسقاطه سابقاً من كونه قبل الرد مالكاً لان يملك الخيار وان لم يكن مالكاً لنفسه مدفوع بأن هذا المعنى أشبه شيء بالحكم الشرعي ، كجوازالرجوع في الهبة وليس حقاً وحينئذ فلاينتقل الىورثته بموته، بل يسقط رأساً .
ومن هنا يشكل الاسقاط أيضاً ، الا أن أصل المبنى ضعيف لما مر من ثبوت الخيار قبل الرد ، فالاقوى ثبوت الارث وصحة الاسقاط .

وكيف كان ، فالشاهدان ساقطان . نعم ، أصل المدعى حق لما ذكرنا من الغلبة الصارفة عن الجمود على قشر اللفظ فيبطل الاحتمال الاول وهو احتمال الموضوعية . فينبغي الكلام في تعيين الاخيرين ، والظاهر أنه ليس شيء منهما بعيداً عن المتعارف ولا قرينة على شيء منهما فيدور الامر بينهما .

ثم لو حكمنا بالاجمال ولم يكن الكلام ظاهراً في أحدها معيناً فلابد من تأسيس الاصل ، فأن دار الامر بين الاول والاخيرين فالاول مطابق للاصل ، لان تضييق دائرة الخيار هو المطابق لاصالة بقاء الملكية بعد الفسخ ، حيث أن القدر المتيقن هوزوالها بالرد الى المشتري، فاذارد الى غيره يكون زوال الملكية بالفسخ مشكوكاً والاصل بقائها وان دار الامر بين الاخيرين ـ كما قويناه ـ حيث قلنا بقيام

القرينة وهي الغلبة على عدم ارادة الاول ، مضافاً الى بطلانه بخروجه عن الاغراض المتعارفة وعدم قرينة على تعيين شيء من الاخيرين ، فالاخير منهما مخالف للاصل ، لعين ما مر حيث أنه بالايصال الى المشتري أو وكيله يجوز الفسخ ، بخلاف ما لو جعل الثمن عند نفسه أمانة مثلا لان تأثير الفسخ حينئذ مشكوك والاصل عدمه .

هذا هو مقتضى الاصل العملي ، وهو استصحاب الملكية .

وأما الاصل اللفظي ـ أي العمومات ـ فالتمسك بها مبني على جريانها في الشبهات المصداقية ، وهو خلاف التحقيق ، حيث أن الشبهة في المقام موضوعية لاحكمية للعلم بالحكم الشرعي في كل من الصور الثلاثة، وانما الشك في اندراج صورة الاطلاق تحت أحدها .

هذا تمام الكلام في النزاع الصغروي . ثم علمنا بأن الشرط هو الرد الى خصوص المشتري ولو بالتصريح به ، فهنا فرع :

وهو أنه لو امتنع من أخذ الثمن فهل يقوم الحاكم مقامه كما هو الحال في أداء الدين لو امتنع الدائن عن الاخذ والقبول ـ فيجبر عليه أولا ـ ومع عدم امكانه فيقوم الحاكم مقامه أولا ؟

مقتضى القاعدة هو الاجبار ـ لو أمكن ـ تحصيلا للشرط الواجب عليه مهما أمكن ، ومع عدم امكانه فيسقط الشرط للتعذر ولا يقوم الحاكم مقامه لان ولاية الحاكم لاتجدي مع فرض اشتراط الرد الى شخص المشتري ، ولا وجه للتمسك بعموم (السلطان ولي الممتنع) ، لان الرد الى الوكيل الخاص غير نافع في هذا الفرض ، فالحاكم بالاولى اذ لا يزيد حاله عن الوكيل ، فلا تجدي ولايته فيما لاتجدي الوكالة ،فيسقط الخيار لتعذر شرطه . وقياسه بأداء الدين قياس مع الفارق لان الصبر على الدين حرج وضرر ، فلو امتنع الدائن من القبول قام الحاكم

مقامه بعد الاجبار .

وهذا بخلاف المقام ، لان البائع هو الذي أقدم على ضرر نفسه باشتراط الرد الى شخص المشتري الذي هو في معرض التعذر لاحتمال الامتناع منه ، فيسقط خياره بتعذر شرطه . لكن يمكن أن يقال : أن هذا الخيار وان سقط بتعذر شرطه الأن للبائع خيار تخلف الشرط حيث أن اشتراط الرد الى خصوص المشتري ينحل الى شرطين :

أحدهما : على البائع ، وهو رد الثمن واحضاره عند المشترى .

ثانيهما : على المشتري ، وهو قبوله وأخذ الثمن ، فاذا وفى البائع و امتنع المشتري فقد تخلف عما التزمه على نفسه ، وهو قبول الثمن فيثبت للبائع خيار التخلف .

هذا بناءاً على كون المراد بالرد الى المشتري هو الايصال الفعلي اليه ، أما بناءاً على ماسيجيء من أن المراد به هو احضار الثمن عنده وايجاد مقدمات الايصال وان امتنع المشتري فلا اشكال أصلا، لكفاية مجرد نقد الثمن وعرضه على المشتري في ثبوت الخيار، وان امتنع المشتري فليس فيه شرطان ليثبت للبائع خيار التخلف بل شرط واحد وهو الراجع الى البائع من ايجاد مقدمات الايصال . وهذا هو الاقوى ، لان هذا الشرط بنفسه كاف في خيار البائع ، فالشرط الثاني وهو شرط القبول على المشتري لغو صرف لايترتب عليه غرض للبائع ومعه فلا حاجة الى التكلم في قيام الحاكم مقامه لو امتنع من أخذه بل له الخيار بالاحضار وان امتنع لحصول الشرط وهو الرد بالمعنى المذكور .

ولو اشترط الايصال الى المشتري بأن كان ذكره من باب الطريقية اما بالتصريح به أو بطلان اشتراطه على وجه الموضوعية أو لانصراف الاطلاق اليه ، فهل يقوم الحاكم مقام المشتري ـ لو كان غائباً ـ أو لا ؟ قد يقال بالاول، لانه اذا كان الغرض

هوالايصال الى المشتري فالرد الى الحاكم عند عدم الوكيل كالرد الى الوكيل عند وجوده ، لان الحاكم ولي من لاولي له . وقديقال بالثاني ، لان تصرف الحاكم من قبل الغائب منوط ومشروط بالغبطة، ولاغبطة هنا في أخذ الثمن مقدمة لفسخ البائع ، بل الغبطة في لزوم العقد وسقوط خيار البائع .

وفيه : أن هذا التصرف ليس تصرفاً اختيارياً حتى يناط بالغبطة والمصلحة بل هو تصرف قهري يجب عليه مراعاة لحال البائع، حيث أن البائع حيث وجد من هومنصوب شرعاً لحفظ مال الغائب صح له الفسخ، اذ لايعتبر فيه قبول المشتري أو وليه في الثمن حتى يقال: أن ولايته في القبول مشروطة بالمصلحة. بل المعتبر هوتمكين المشتري أووليه اذا حصل الفسخ .

هكذا ذكره « قده » في الكتاب ، وهوحسن . لكنه مبني على ثبوت ولاية الحاكم في المقام، وهو ممنوع، لان قبول الحاكم هناليس تصرفاًفي مال الغائب لااختياراً ولاقهراً ، لان الثمن ليس مالا للمشتري قبل الفسخ بل هو مال البائع ، و الحاكم لاولاية له الافي مال الغائب وليس نائباً عنه في كل ماكان له أوعليه . فقبوله له نظيرقبول الهبة عنه وهوغيرجائز اجماعاً .

نعم لوثبت بأدلة نيابة الحاكم كونه وكيلا عن الغائب في جميع مايرجع اليه في القبول والاخذ جازقبوله للثمن مقدمة لفسخ البائع ، الأأن عموم النيابة بهذا المعنى غير ثابت . وقياسه بأداء الدين ـ في قيام الحاكم مقام الدائن الغائب في الاخذ و القبول لوأراد المديون أداء دينه ـ قياس مع الفارق، لان ذلك من الامور الحسبية ، بخلاف رد الثمن في المقام لان الثمن ليس ديناً على البائع للمشتري، غاية الامر أن له الخيار برده اليه ، فاذا تعذر سقط الشرط و بطل الخيار لانتفاء شرطه .

وقد يقال بثبوت ولاية الحاكم في عكس المسألة وهو مالوغاب البائع ،

فللحاكم رد الثمن الى المشتري وفسخ البيع من قبله لانه تصرف في مال الغائب وفيه مصلحة . وهو كما ترى ، اذليس للحاكم كل تصرف فيه مصلحة الغائب ، فهو نظير أن يبيع الحاكم مال الغائب بثمن اذا كانت مصلحته في بيعه به، وهو باطل اجماعاً .

هذا تمام الكلام في المردود اليه . وأما الرد، فالمراد به هو احضار الثمن عند المشتري أو وكيله أو وليه حسبما مر ، وايجاد ماهو باختياره بحيث لم يكن له مانع من الرد والايصال وان امتنع المشتري من الاخذ، فمتى حصل الرد بهذا المعنى، جاز له الفسخ . وان امتنع المردود اليه ـ كائناً من كان ـ من الاخذ والقبول فما ذكرنا سابقاً من احتمال قيام الحاكم مقامه لو امتنع من الاخذ باطل ، اذ لاحاجة الى الحاكم بعد تحقق الشرط باحضار الثمن ، وان امتنع المشتري من قبوله .

وكذلك احتمال ثبوت خيار تخلف الشرط له ـ لانحلاله الى شرطين: أحدهما الرد ، والاخر قبول المشتري ـ لاوقع له ، لان الشرط الثاني لغو مستدرك لاحاجة اليه ، لثبوت الخيار له بمجرد الاحضار ، سواء قبل المشتري أو امتنع . فالشرط ـ وهو الرد ـ حاصل ، ومعه لافائدة لشرط القبول على المشتري .

ثم أنه لا اشكال في عدم كفاية مجرد التخلية ووضعه أمانة عند نفسه لو أمكن احضار الثمن عند المشتري أو وكيله أو الحاكم في مورد جوازه ، لان شرط الرد لايحصل الا بالاحضار الى نفسه أو وكيله أو الحاكم ان قلنا به مع غيبته .

أما اذا كان المشتري غائباً ولم يكن احضار الثمن الى الوكيل ولا الى الحاكم ولا الى عدول المؤمنين ان قلنا بكفايته لو أمكن . فهل له الفسخ بتعين الثمن وجعله أمانة عند نفسه أو لا ؟ وجهان : من أن الشرط هو الرد بالمعنى المذكور ، وهو احضار الثمن عنده أو عند من يقوم مقامه، وهو غير حاصل في الفرض . فينتفي المشروط بانتفاء شرطه فيسقط الخيار .

ومن لزوم الضرر على البائع بلزوم البيع، فينتفي لزومه بقاعدة الضرر ويثبت الخيار لذلك لا لثبوت الشرط . فالرد وان لم يكن حاصلا الا أن الخيار ثابت له بقاعدة نفي الضرر لا بواسطة حصول شرط الخيار وهو الرد . وهو غير بعيد .

ودعوى: أن البائع قد أقدم على ضرر نفسه باشتراط الرد الذي هو في معرض التعذر .

مدفوعة : بأنه لم يبع منجزاً بدون الخيار بل أقدم على البيع بشرط الخيار عند الرد، وحيث أن شرط الرد أمر ممكن الوقوع بحسب مجاري العادات اعتماداً على أصالة البقاء وعدم الغيبة وأصالة بقاء الامكان .

فالبيع الخياري مشروطاً بهذا الشرط ليس اقداماً على الضرر ، بل اقدام على البيع مع الخيار لشرط الرد المطابق للاصل، فاقدامه عليه اعتماداً على الاصل ليس اقداماً منه على سقوط الخيار بل اقدام على ثبوته ، فاذا تعذر الشرط لزم الضرر من دون أن يكون في البين اقدام منه عليه حتى يكون رافعاً لحكمـه ، فينتفي لزوم البيع للضرر، فالضرر حاصل والاقدام ممنوع وليس له حكم رافع لحكم الضرر ، اذ الاقدام انما هو اعتماد على طبق الاصل ، فالبائع انما شرط الرد الى المشتري عملا بأصالة بقائه وعدم غيبته .

فمن هنا يظهر فساد مقايسة المقام بما لو باع منجزاً بثمن بخس بدون شرط الخيار عند الرد لحصول الاقدام هناك، بخلاف المقام . وعرفت أيضاً ماسبق ذكره من التمسك . بقاعدة الاقدام ، فتدبر جيداً .

مسألة : اذا اشترى الاب للطفل بشرط خيار البائع

لو اشترى الاب للطفل بشرط خيار البائع ، فهل للبائع رد الثمن الى الجد مطلقاً أو مع عدم التمكن من الرد الى الاب ، أولا ؟ وجوه ، والاقوى هو الاخير عملا بظاهر الشرط القاضي باعتبار الرد الى خصوص الاب دون غيره . وليس الحال

هنا كسائر المقامات في كون الغرض هو الايصال الى المشتري بنفسه أو بوكيله، لان تصرف الاولياء منوط بالمصلحة ، وهو مما يختلف باختلاف الانظار، فاحتمال تعلق غرض المشتري هنا بالرد الى خصوصه لكون المصلحة فيه على حسب اعتقاده دون الرد الى الجد ، احتمال قوي ، ومعه فلاوجه لصرف اليد عن ظاهر الشرط لقاضي بالخصوصية بل يجب على البائع مراعاتها أخذاً بظاهر الشرط، فالشرط هنا ظاهر في الموضوعية وفي غير المقام ظاهر في الطريقية ، كما مر .

ولو اشترى الحاكم للطفل ، فهل للبائع رد الثمن الى الحاكم الاخر أم لا ؟ والكلام فيه من حيث اعتبار الخصوصية مثل مامر ، لكن فيه كلام آخر ولو بناءاً على الجواز هناك وهو أن الرد الى الحاكم الاخر فيه مزاحمة للحاكم الاول فلا يجوز من هذه الجهة وان لم يكن له مانع آخر، لان حرمة المزاحمة مختصة بالحاكم ولاتجري في الاب والجد، فيجوز لهما المزاحمة لو اختلفا في المصلحة بخلاف الحاكم ، لان الراد عليه كالراد على الله . والكلام فيه تارة في الصغرى و أخرى في الكبرى .

أما الكبرى : فقد فرغنا عن حكمها في بابها ، وأثبتنا أن المزاحمة محرمة.

وأما الصغرى : وهو أن الرد الى الحاكم الاخر فيه مزاحمة للاول .

ففيه اشكال ، والتحقيق : ابتناء الامر فيه على معنى المزاحمة ، فان كان المراد بها مجرد اتيان مايكره، فهو مزاحمة بلااشكال ، لانه سبب لكراهة الحاكم الاول وان كان المدار فيها على الهتك والتوهين والتعريض على الحاكم ، فلامزاحمة في المقام ، لان مجرد رد الثمن الى الحاكم الاخر ليس هتكاً للاول ولاتوهين له أصلا . فافهم .

الرابع: يجوز اشتراط فسخ الكل برد تمام الثمن بلااشكال ، واطلاق اشتراط الفسخ برد الثمن في حكم التصريح بذلك لانصرافه اليه ، فلايجوز له الفسخ برد

البعض بالنسبة لان بعض الثمن ليس بثمن .

أما لوصرح بالفسخ في كل جزء برد ما يخصه من الثمن بالنسبة ، كما لو اشترط الفسخ في الثلث مثلا برد ثلث الثمن ، أو نصفه برد نصفه ، فله ذلك أيضاً لان (المؤمنون عند شروطهم) ، وان كان ذلك خارجاً عن مساق الاخبار الخاصة. ولذا صرح جماعة من الاساطين بجواز هذا الشرط .

وقد يشكل صحته بأن متعلق الشرط لابد أن يكون أمراً ممكناً مقدوراً وفسخ البعض بالنسبة أمر محال ممتنع ، فاشتراطه باطل لان الفسخ بمعنى حل العقد وهو أمر بسيط وان كان متعلقه مركباً ، فان حل العقد انحل بتمامه والالزم بقائه كذلك.

فالتبعيض مناف لحقيقة الفسخ القاضي بانحلال العقد حيث أن انحلاله لايتحقق الابردمجموع الثمن ، ولذا قالوا في غير المقام بأن الفسخ لايتبعض فليس لذي الخيار في سائر المقامات التبعيض في الفسخ .

وسر ما ذكرنا من أن حل العقد أمر بسيط وحداني ليس قابلا للتبعيض، وهذا المناط جار في المقام أيضاً حرفاً بحرف ، فيكون اشتراط التبعيض اشتراطاً لامر ممتنع ، وقد يوجه صحته بما يوجه به تبعض الصفقة في بيع ما يملك، لانه أمر ممكن وواقع .

ووجهوه : بأن العقد ينحل الى عقود حسب تعدد أجزاء الثمن والمثمن ، فالبيع الواحد المتعلق بشيء واحد بثمن واحد ينحل عقلا الى بيوع ، فكأنه وقع بيع ثلث المبيع بثلث الثمن ونصفه بنصفه وهكذا .

فالتبعيض في العقد يرجع الى بطلان أحد البيعين وصحة الاخر وهذا التوجيه جار في الفسخ أيضاً لانه اذا انحل العقد الى عقود ، فكما يجوز التبعيض في أصل العقد ابتداءاً فيجوز التبعيض في الفسخ بعد انعقاده ، لانه يرجع الى فسخ أحد العقود بالمعنى المذكور دون غيره، فمقتضى هذه المقايسة جوازه في الفسخ

أيضاً ، فيصير اشتراطه شرطاً لامر مقدور .

ولكن التحقيق ـ بعد التأمل الدقيق ـ : بطلان المقايسة لوجود الفارق ، وذلك لان العقد أمر بسيط ، ولاينحل الى عقود ، وما ذكروه من الانحلال الى العقود ـ فيما لايملك ويملك ـ مجرد تشبيه تقريباً للاذهان ، والسر في تبعيض العقد أن العقد سبب شرعي ، والسبب الشرعي كالسبب العقلي ولازم سببية السبب تأثيره في المحل القابل وعدم تأثيره في المحل الغير القابل ، فاذا تعلق العقد بشيء ذي أجزاء ، فالعقد وان كان واحداً بسيطاً الا أن لازم هذا العقد الواحد على وحدته أن يؤثر في الجزء القابل دون غير القابل ، كما هو الحال في سائر الاسباب العقلية .

وهذا التبعيض في طرف الوجود والاثبات ينطبق على القواعد العقلية ، لان تأثير السبب مشروط بقابلية المحل ، فيؤثر فيما وجد فيه الشرط فيبطل فيما وجد له مانع أو منتف فيه الشرط . وهذا بخلاف الفسخ لانه أمر عدمي ، وهو حل العقد وليس فيه تأثر وتأثير ، وحيث أن العقد الواقع أمر بسيط ، فانحلاله ليس قابلا للتبعيض بل لايتحقق الا بانحلال الكل .

نعم ، ان تم ما ذكروه من أن العقد ينحل الى عقود وكان على ظاهره وحقيقته جرى النقض وصح التبعيض في الفسخ أيضاً ، لكنه ليس بظاهره بل هذا انحلال حكمي . ووجه التبعيض ما ذكرنا ، وهو جار في طرف الاثبات دون النفي فتبطل المقايسة ولا تنتقض بذلك بتبعيض الرهن بفك بعضه بأداء بعض الدين بالنسبة بشرط ونحوه ولا بانفساخ التبعيض فيما لو تلف بعض المبيع قبل القبض .

أما الاول : فلانه يرجع الى اسقاط حق الرهانة ، لان الحق المتعلق بالعين المرهونة قابل للاسقاط كلا أو بعضاً بالنسبة .

وأما الثاني : فلان التلف ليس سبباً للفسخ حقيقة بل موجب للانفساخ تعبداً

وهو حكم تعبدي يدور مدار التعبد ، وليس معناه حل العقد وانحلاله حقيقة بل العقد باق على حاله ، وانما حكم الشارع بابطال أثره تعبداً فهو اما مجرد ترتب أثر الانفساخ ، أو معاملة جديدة .

وكيف كان ، فليس فيه فسخ حتى لايعقل فيه التبعيض ، فلاناقض . وحينئذ فالاقوى ما ذكره بعض في المقام من بطلان شرط التبعض في الفسخ بالنسبة ، ثم على تقدير صحته كما اختاره جماعة فقالوا : لورد البائع بعض الثمن تبعض العقد بالنسبة ، فيصير بعض المبيع ملكاً للبائع وبعضه للمشتري ، فيثبت للمشتري حينئذ خيار تبعض الصفقة وهو ضرر منفي ويشكل ذلك أيضاً بأنه هو الذي أقدم على هذا التبعض بقوله : بشرط الفسخ متبعضاً، ولاحكم للضرر مع الاقدام،فكيف ثبت له الخيار بسبب التبعض مع اقدامه عليه وقبوله للشرط باختياره وهذا الاشكال سار في جميع موارد التبعض مع العلم بذلك .

ثم ان خيار التبعض انما يثبت للمشتري اذا استقر ذلك ، بأن رد البائع بعض الثمن ولم يفسخ بقية المبيع وخرجت المدة المضروبة للخيار بشرط الرد. وأما اذا لم يستقر بأن رد البعض ولم تخرج المدة ، فقال « قده » في الكتاب بأن له خيار التبعض .

وفيه اشكال ، لان مدرك خيار التبعض هو قاعدة الضرر ، وهو انما يلزم اذا استقر التبعض ، اذ بدونه لم يحرزموضوع الضرر لاحتمال الفسخ في الكل قبل المدة ومعه لاضرر، فالتمسك بقاعدة الضرر مع الشك في استقرار التبعض تمسك بالعام في الشبهة المصداقية وهو باطل على التحقيق .

اللهم الا أن نتمسك بالاصول الموضوعية ، لان الاصل بقاء اللزوم وعدم الفسخ في البقية وعدم رد الثمن الى خروج المدة . وفي احراز الموضوع بهذه الاصول العدمية نوع تأمل فلابد من التدبر .

هذا كله في اشتراط الفسخ على وجه التبعيض بالنسبة .

وأما الصورة الاجماعية وهو اشتراط فسخ الكل برد الكل ، ففيها كلامان :

أحدهما : أن الشارط فيه هو المشتري ، لانه بالنسبة الى البائع شرط سفهي لغو لحصول الغرض بشرط رد البعض أيضاً ، فالمتعلق به هو غرض المشتري ، فيشترط على البائع رد تمام الثمن بحيث لايقدر على الفسخ برد بعضه .

ثانيهما : أنه لو أتاه بالثمن متدرجاً ، فليس له الفسخ قبل رد تمام الثمن، وليس للمشتري التصرف في المدفوع قبل حصول ردالكل والفسخ. وقال «قده» : أنه ضامن له لو تلف اذا دفعه على وجه الثمنية، الا أن يصرح بكونها أمانة عنده الى أن يجتمع قدر الثمن فيفسخ البائع . انتهى .

وهذا الكلام مشتمل على جزئين :

أما الجزء الاول : ـ وهو المستثنى منه ـ فهو متين جيد ، والوجه فيه سببية عموم « على اليد » للضمان ولم يخرج عنه الا التسلط المجاني . والمراد به مالم يكن له عوض لاعاجلا ولاآجلا . وبعبارة أخرى : لافعلا ولامتوقعاً ، ولم يكن التسليط فيه على وجه الضمان ولو رجاءاً ، فان كان على وجه الضمان بالعوض كالعقد الفاسد ، أو كان التسليط فيه برجاء العوض كالمقبوض بالسوم فيحكم فيه بالضمان عملا بعموم « على اليد » .

نعم ان كان التسليط مجانياً محضاً بحيث لم يكن على وجه المعاوضة ولا للعوض فلاضمان فيه ، لقصور « على اليد » شموله في مثله . ولذالايحكم بالضمان في الامانات ، وحينئذ فالضمان فيما نحن فيه منطبق على القاعدة ، لان المدفوع متدرجاً ليس ثمناً قبل أداء الكل وانما يصير متلبساً بعنوان الثمنية بعد أداء الكل والفسخ الا أن دفعه لما يكون برجاء العوض، فيكون نظير المقبوض بالسوم مشمول بعموم « على اليد » .

وأما الجزء الثاني ، وهو الاستثناء : فلا يتم الا بجعله من الاستثناء المنقطع، وذاك لان ماذكره أولا في المستثنى منه تناقض عنوان الامانة ، فلا يمكن دفعه على وجه الثمنية ، ومع ذلك يصرح بكونه أمانة عنده، لان دفعه بعنوان الثمنية ملازم للضمان لحصول رجاء العوض الذي هو ملاك الضمان .

والتصريح بالامانة يخرجه عن عنوان الثمن والعوض ، فلابد من جعل الاستثناء منقطعاً وهو أن يدفع اليه المدفوع أمانة ليجتمع عنده بمقدار الثمن ثم يجيء بالثمن أي شيء آخر سوى المدفوع فيفسخ بأن يقول : اجعله أمانة عندك ثم أجيء بالثمن فأفسخ ، فالحكم بعدم الضمان فيه حينئذ حسن.

بقي الكلام في صورة أخرى ثالثة وهي اشتراط فسخ الكل برد البعض وهو عكس الصورة السابقة ، لان الشارط هنا لابد أن يكون هو البائع اذ لاغرض للمشتري باشتراط رد البعض على البائع ، فاشتراط البعض بالنسبة اليه سفهي . نعم ، البائع يشترط على المشتري الفسخ في الكل برد البعض .

وكيف كان، البعض المشترط رده اما أن يكون معيناً من حيث التعين الخارجي اذا كان الثمن شيئين خارجين ، فاشتراط رد الخيار برد أحدهما بخصوصه كما اذا باع شيئاً بثوب وفرس مثلا فاشترط الخيار برد الثوب ، أو من حيث كونه كسراً معيناً ـ كالنصف والثلث ـ اذا كان الثمن كلياً أو يكون بعضاً غير معين كما اذا جعل الخيار ـ في المثال الاول ـ برد أحدهما وفي الثاني برد شيء منه لاعلى التعين ، فان كان البعض المشترط رده معيناً ، فصحة اشتراطه من البائع مبنية على بطلان اشتراط رد البعض الغير المعين اذ لو كان ذلك صحيحاً كان اشتراط البائع التعيين سفهياً ، لحصول الغرض بالبعض الغير المعين ولانه يضيق على نفسه بلافائدة . نعم يصح حينئذ من طرف المشتري كتعلق الغرض العقلائي وهو تضييق الامر على البائع لئلا يكون له الخيار برد البعض الغير المعين .

والحاصل : أن البعض الغير المعين ان كان باطلا فاشتراط التعيين من البائع انما هو من جهة الفرار عن فساد الشرط وان كان صحيحاً فلا وجه لاشتراطه لانه سفه ، فلابد من فرض اشتراطه من المشتري وحينئذ فلابد من التكلم في أن اشتراط البعض الغير المعين صحيح أو لا ؟

فنقول : أنه قد يشكل الامر فيه للجهالة والغرر ، فلابد من تعيين البعض دفعاً للغرر ، اللهم الا أن يمنع جريان الغرر في الشرط ، ويدعى اغتفاره فيه كما هو ظاهر كلامه «قده» .

الخامس : قال شيخنا العلامة «قده» : كما يجوز للبائع اشتراط الفسخ برد الثمن كذلك يجوز للمشتري اشتراط الفسخ برد المثمن ، وذكره أيضاً غيره ارسال المسلمات من غير تعرض لدليله ، واستدل بعض المشائخ في « أنوار الفقاهة » تبعاً لاخيه في «حاشية اللمعة» بالمناط ، وهو باطل لان المناط في طرف البائع هو الحاجة ، ومن الواضح أنها غالباً تمس الى اتلاف الثمن ولذا يكون اطلاق الشرط منصرفاً الى رد الاعم من العين والبدل ، وهذا بخلاف المبيع لان الحاجة ماسة غالباً الى بقائه والانتفاع به ولذا يكون الاطلاق لو قلنا بجواز الشرط منصرفاً الى رد العين ، فلا يجوز اتلافها فاجراء حكم الثمن الى المبيع بدعوى المناط باطل ، للفرق بينهما .

نعم لو قلنا بأن هذا الشرط على طبق القاعدة أمكن التمسك بالعمومات نحو «المؤمنون عند شروطهم» أما بناءاً على كونه خلاف القاعدة لما فيه من الجهالة والغرر وكون المدرك هو الاخبار الخاصة فلابد من الحكم بالبطلان هنا لاختصاص الاخبار برد الثمن للاصل القاضي بالفساد بعد عدم جريان العمومات .

وقد يتراآى في باديء النظر امكان الاستدلال برواية أبي الجارود كما احتملناه في صور المسألة ، وقلنا أنها تدل على العكس ، وهي قوله عليه السلام : ان بعت رجلا

على شرط فان أتاك بمالك ، والا فالبيع لك .

الا أن الانصاف بعد التأمل أنها أجنبية عن كلا المقامين لا دلالتها على الاصل ولا على العكس ، اذ لو كان المراد بالبيع في قوله عليه السلام :(ان بعت رجلا) هو البيع المقابل للشراء ، كما هو ظاهر تعديته بالنفس بالنسبة الى الرجل فيكون دليلا على الاصل ، فلا يصح قوله « عليه السلام » (فان أتاك بمالك) لان الشارط حينئذ هو البائع . فلابد أن يقال : فان أتيته بالمال ـ أي الثمن ـ وأيضاً لا يصح قوله (فالمبيع لك) بل ينبغي أن يقال : فالمبيع له . وان جعلناه دليلا على العكس وأريد بالبيع الشراء . ففيه ـ مضافاً الى عدم صحة تعدية الشراء بالنسبة الى المشتري الا بحرف «من» ، فلا يقال : اشتريت رجلا ، بل يقال : اشتريت من رجل ، ان المعنى حينئذ : ان اشتريت من رجل على شرط وهو التسلط على الفسخ برد المبيع . ومن المعلوم أنه لايصح حينئذ قول : فان أتاك بمالك ، بل ينبغي أن يقال : فان أتيته بالمال فلك الخيار والا فالثمن له .

فالرواية لاتنطبق على شيء من الوجهين ، فالاولى أن تحمل الرواية على الشرط الخارجي وهو شرط مال آخر سوى العوضين ـ أي اذا بعت رجلا على شرط ، أي شرطت عليه أن يدفع اليك مالا آخر ، فأن أتاك بمالك الذي اشترطت عليه والا فالمبيع لك أي بالفسخ أو يحمل الشرط على شرط المشتري أي التسلط على الفسخ برد المبيع مع بقاء البيع حينئذ على معناه أيضاً .

فيكون المعنى : ان بعت رجلا بشرط ـ أي بشرط أن المشتري ان رد اليك المبيع ترد اليه الثمن ـ فتصح الرواية حينئذ وتصير دليلا على العكس ، ويكون المراد من قوله فالمبيع : البيع ـ أي ان لم يأت المشتري بمالك الذي اشترط رده كان البيع لازماً لك . وكيف كان مع ذلك كله لاتخلو الرواية من الاجمال فتسقط عن الاستدلال على صورة عكس المسألة ، فلا دليل تطمئن به النفس على عكس المسألة .

هذا كله بناءاً على مذهب المشهور من جعل الرد شرطاً لأصل الخيار ، فيكون على خلاف القاعدة ومحتاجاً الى دليل خاص أما بناءاً على المختار من ثبوت الخيار في كل جزء من الازمنة بعد العقد من دون تعليق و كون الرد شرطاً للفسخ نفسه لا للخيار فيصح التمسك بعدم «المؤمنون» لانتفاء الجهالة والغرر حينئذ ، فينطبق على القاعدة .

ثم أنه بناءاً على الصحة لا اشكال في أن اشتراط رد المبيع عند الاطلاق ينصرف الى العين الخاصة فلا يشمل الدليل ، بخلاف اشتراط رد الثمن ، فان الامر فيه بالعكس لوجود القرينة في المقامين كما أشرنا اليه ، فلو تلف المبيع سقط خيار المشتري الا اذا صرح برد بدله عند تلفه لان مرجعه الى اشتراط الخيار برد المبيع مع وجوده وببدله مع تلفه .

هذا كله لو اشترط البدل مع تلف العين ، وأما لو اشترط رد البدل مع التمكن من العين ، ففيه اشكال ، لكونه خلاف مقتضى العقد لان مقتضاه رجوع كل من العوضين الى صاحبه ، فاشتراط البدل مع التمكن من العين على وجه غير مشروع بل ليس فسخاً في الحقيقة .

كذا ذكره «قده» ، وقد ناقشنا فيه سابقاً في أصل المسألة ـ أعني اشتراط رد الثمن ـ حيث منعنا كون مقتضى الفسخ ذلك مطلقاً ، مضافاً الى أن اشتراط الخيار لاربط له باشتراط الفسخ ، لكن هنا نقول ـ مضافاً الى ذلك ـ : أن الفسخ وان كان مقتضياً لرد العين مع التمكن فاشتراط البدل معه مناف له ومناقض الا أنه يمكن أن يدفع التنافي بأن يقال أن اشتراطه مع التمكن بمنزلة اشتراط معاوضة جديدة بأن يشترط المشتري على البائع معاوضة جديدة بأن لو دخل المبيع في ملكه ـ ثانياً ـ باعه اياه ثانياً بالبدل .

ولا ريب ان هذا لشرط سائغ لامحذور فيه أصلا ، فلو نزل عليه صح الشرط

ويتسلط على الفسخ برد البدل من دون أن يكون منافياً للفسخ ، وذلك لان الرد مقدمة للفسخ فاشتراط رد البدل وتعليق الخيار عليه لاينافي الفسخ كما لو علق الخيار على شيء آخر ، فان الخيار على حسب الشرط ، فاذا حصل الشرط -وهو رد البدل- تسلط على الفسخ وبعده لااشكال في أنه يرجع كل من العوضين الى ملك المالك الاول ، الا أنه حيث اشترط المشتري معاوضة جديدة بالشرط المذكور بعد تنزيله منزلتها ، فلا اشكال بأخذ البدل دون أصل المبيع .

ولعله الى ذلك ينظر اشكاله «قده» حيث قال «قده» في الكتاب : اشكال من أنه خلاف مقتضى الفسخ . ولم يذكر الشق الاخر من الترديد . ولعل وجهه ما ذكرنا ولكنه انما يتم في العكس وأما في الاصل - وهو رد الثمن- فالاشكال باق بحاله ، اذ لو نزل الى المعاوضة الجديدة يكون بمنزلة بيع المشتري المبيع ثانياً من البائع وهو باطل، لان البائع اذا اشترط الفسخ برد بدل الثمن مع التمكن من عينه فهو بمنزلة أن يقول بعتك بشرط أن تبيعني ثانياً ، وهو باطل اجماعاً .

وبالجملة اشتراط رد البدل مع التمكن في جانب الاصل باطل سواء كان مرجعه الى الفسخ وانحلال العقد أو الى المعاوضة الجديدة أما الاول : فلمنافاته لقضية الفسخ ، وأما الثاني: فلصيرورته بمنزلة بعتك بشرط أن تبيعني وهذا بخلاف صورة العكس ، فأنه لو نزل على شرط المعاوضة صح ذلك ولا ضير فيه لعدم لزوم مخالفة الاجماع .

هذا وهل يجوز اشتراط رد التالف القيمي بالمثلي بالقيمة ؟ قال «قده» في الكتاب: أمكن الجواز لانه بمنزلة ايفاء ما في الذمة بغير جنسه لاشرط ضمان التالف المثلي بالقيمة والقيمي بالمثلي ولااشتراط رجوع غير ما اقتضاه العقد الى البائع، فتأمل . انتهى .

يعني أنه لايكون من قبيل الاول ليكون الشرط مخالفاً للشرع ، لان الشارع

جعل ضمان المثلي بالمثل والقيمي بالقيمة ، فاشتراط خلافه مخالف لما جعله الشارع . ولا من قبيل الثاني ليكون مخالفاً لمقتضى العقد بزعم أن مقتضى العقد هو الضمان على الوجه المزبور ، فاشتراط خلافه مخالف لمدلوله ومقتضاه وهو باطل ، للتناقض بل يكون بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه، ولا ضير فيه .

ولكن يشكل ذلك بأن الذمة في زمان الشرط ليست مشغولة بشيء حتى يشترط ايفائه بغير جنسه ، وانما الذمة تصير مشغولة بعد الفسخ ، فكيف يكون هذا في زمان الشرط ـ وهو زمان العقد ـ بمنزلة اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه مع عدم اشتغال الذمة في ذلك الزمان بشيء .

اللهم الا أن يقال برجوعه الى اشتراط أداء القيمة أو المثل على تقدير التلف والفسخ واشتغال ذمته بالمثل والقيمة ، فيرجع الى اشتراط ايفاء ما في الذمة بغير جنسه على تقدير اشتغاله بالجنس فيكون بمنزلة اشتراط معاوضة جديدة بعد الفسخ وتعلق الذمة بالجنس كما أن ايفاء ما في الذمة بغير الجنس مع اشتغالها فعلا أيضاً راجع الى معاوضة جديدة فكأنه قال : اشترطت عليك بيع ما في ذمتك بعد استقراره بغير جنسه فالعبرة بزمان الايفاء والعمل بالشرط أي زمان المشروط لا بزمان الاشتراط ، فتأمل .

وأما قوله : فتأمل فيحتمل أن يكون اشارة الى أن اشتراط رجوعه الى غير الجنس ليس مغايراً لكل واحد من الوجهين حتى يكون وجهاً ثالثاً، بل المتصور هنا ليس الا شيئان : أحدهما : أن يرجع الى اشتراط الايفاء بغير الجنس بعد استقرار الذمة ، ثانيهما : أن يرجع الى شرط أصل الضمان ابتداءاً بغير الجنس، فيصح الاول ويبطل الثاني .

ثم قال « قده » : ويجوز اشتراط الفسخ لكل منهما برد ما انتقل اليه أو

بدله ، يعني : تعميم الشرط وتوسعة دائرته شارطاً ومشروطاً ، وهذا على مذهب المشهورمن تعليق الخيارعلى الردمشكل لخروجه عن مورد النص والحكم مخالف للاصل فيبطل الحكم بالصحة . نعم يتجه ذلك على المختار من ثبوت الخيارمن حين العقد وكون الرد شرطاً للفسخ لشمول العمومات وانتفاء المخصص ، اذ لا تعليق فيه ولا جهالة أصلا .(١)

بحيث لا يجوز التمسك به في الموارد المشكوكة أم لا ، بل يبقى العموم بحاله فان قلنا بالاول لم يجز التمسك بعموم الوفاء بالشرط للحكم بدخوله في تلك الموارد ، والاجاز قطعاً .

وهذا الاشكال نظير الاشكال الوارد في قوله تعالى (أوفوا بالعقود) من حيث أن الخارج عن تحته مما لم يجب الوفاء به كثير، فيبقى الشك فيه في أن الخارج هل يوجب خروجه وهنا في العموم الثابت فيه بحيث لايجوز معه التمسك به في مشكوك اللزوم وعدمه أم لا ؟ بل العموم يبقى بحاله فيه .

وملخص الاشكال في المقامين هو :أن الافراد ثلاثة:بعضها داخل في العمومين قطعاً وبعضها خارج قطعاً والبعض الثالث مما يشك في دخوله فيها . ومنشأ الشك ما عرفت من الشك في بقاء العموم بحاله وعدمه من جهة حصول الوهن فيه بخروج الخارج وعدمه .

ومنشأ الاشكال الساري في المقامين هو أنه: هل كان خروج الافراد الخارجة المعلومة الخروج عن تحت العمومين ، هل هو منطبق مع القواعد ، بحيث يحتمل الاجماع المدعى به بصرف التعبد، بل انما هو على القواعد أم لا؟ فان بنيناعلى الاول ارتفع الاشكال عن المقامين ، وعليه فيصح التمسك بالعموم في المقامين لادخال الافراد المشكوكة . وان بنينا على الثاني يبقى الاشكال المزبور بحاله

(١) هنا بياض بمقدار أسطر .

ومعه لايصح التمسك بالعموم في شيء من الموارد المشكوكة في شيء من المقامين .

والذي يقتضيه التأمل هو انطباق الافراد الخارجة عن الدليلين في كلا المقامين مع القواعد الاولية . أما في نظير المقام المبحوث عنه ، فمن وجوه : أيسرها ما قيل أو يقال بأن الالف واللام في قوله تعالى (أوفوا بالعقود) للعهد ، ويقال : أن المراد من العقود هي العقود المعهودة بين الناس وعليه فلايشتمل الموارد المشكوكة اذ خروجها حينئذ من باب التخصص لامن باب التخصيص .

وهناك وجوه أخر مذكورة ترفع الاشكال ، الا أن فيما أشرنا غني عنها ، وأما في المبحوث عنه فقد ذكرنا رفع الاشكال عنه ولانطباق الافراد الخارجة عن تحت العموم مع القواعد في المقام ما محصّله : أنك قد عرفت أن الخارج عن تحت العموم المزبور كثير ، الا أن جامعها ثلاثة: أحدها : هي الشروط الابتدائية، وثانيها ـ هي الشروط الواقعة في ضمن الايقاعات ، وثالثها : هي الشروط الواقعة في ضمن بعض العقود كالنكاح ونحوه .

وأما انطباق الاول أعني الشروط الابتدائية معها فلامكان أن يقال أنها خارجة عن موضوع الشرط رأساً أو الشرط عرفاً وشرعاً يطلق على الواقع في ضمن شيء لاعلى الواقع في الكلام ابتداءاً . ويؤيده كلام بعض أئمة اللغة كصاحب «القاموس» وغيره حيث أنهم جعلوه ـ لغة ـ أيضاً عبارة عن الشروط الضمنية دون الابتدائية وكيف كان مع قطع النظر عن كلام أهل اللغة لاشبهة أنه كذلك عند العرف والشرع اللذين تحمل الخطابات الشرعية على متفاهمهما وعليه فلايشمل الشروط الابتدائية .

وأما انطباق الثاني، وهي الشروط الواقعة في ضمن الايقاعات مع القواعد، فلوجوه :

أحدها : ما أشار اليه في « الجواهـر » ومحصله : أن المراد من الشروط المأمور بوفائها التي دل عليها الخبر هي الشروط الواقعة فيما لم يكن له الاثـر بالفعل كالعقود دونه فيما اذا وقع فيما له أثر بالفعل كالايقاعات ، اذ هي تأخـذه بمجرد الصيغة فلا يدخلها الشرط الراجع الى اشتراط الفسخ .

وفيه : انهان أراد «قده» أن الايقاعات مؤثرة بالفعل وأنه لايتوقف تأثيرها عند استكمال الشرائط على شيء ، فهذا بعينه ثابت في العقود أيضاً ، وان أراد : أن الايقاع بعد حصول سببه كان مؤثراً على نحو التنجيز بحيث لايقبل لان يبطل أثره بالفسخ ونحوه ، وهذا بخلاف العقد ، فانـه قابل لذلك ، فهي دعوى بلا بينة ، ومضادة واضحة .

ثانيها : ما أشار اليه البعض مـن أن الظاهر من الشروط الواجبة الوفـاء المدلول عليها بالخبر المذكور ، هـي الشروط الواقعة فيما يحتاج الـى طرفين وشخصين ، ومن المعلوم هذا منحصر بالعقد دون الايقاع .

وفيه : أنه ان اراد ان الشرط يحتاج الى الطرفين لانه لايقوم بواحـد فهو مسلم، الا أنه لاينفع بحاله،اذ الشرط الواقع فيضمنالايقاع أيضاً يقوم بطرفين. وان أراد لزوم احتياج محل الشرط ومورده وهـو المشروط اليهما فهو دعـوى بينة الفساد، لاتفاقهم على صحة اشتراط خدمة العبد لمولاه مدة عند العتق ، مع أن محل الشرط هاهنا هو الايقاع ، أعني الاعتاق غير قائم بطرفين .

ثالثها: ما ذكره شيخنا العلامةالانصاري «قده» بعد ابطال الوجهين،ومحصله: أن مشروعية الفسخ ـ أي القابلية للفسخ ـ لابد لها مندليل وقد وجد هذا الدليل في العقد ولم يوجد في الايقاع فيحكم في الاول بثبوت الفسخ دونه في الثاني، ولا أقل من الشك وهو كاف أيضاً فـي الحكم بالعدم ، والحاصل احراز القابلية في العقد دون الايقاع .

فان قلت : يمكن احراز القابلية فيها بعموم (المؤمنون عند شروطهم) ، اذ عمومه يقتضي الحكم بوجوب الوفاء بكل شرط عدا ماعلم خروجه منه، والمفروض أن الشرط الواقع في الايقاع غير معلوم خروجه .

قلت : قد حرّر في محله : أن المسلّم صحة التمسك ـ عند الشك ـ بالعمومات انما هي في الشبهات الحكمية الراجعة الى دعوى تخصيص في العام، وأما في الشبهات المصداقية الراجعة الى الشك في اندراج المشكوك تحت موضوع العام ، فلامجال لها عند أهل التحقيق .

وما نحن فيه من قبيل الثاني، لان الشك في القابلية شك في الاندراج قطعاً، وهذا نظير التمسك بعموم قوله تعالى (أحل الله البيع) لاثبات قابلية بعض ما هو مشكوك البيعة ولان يكون مبيعاً وبعموم (أكرم العلماء) لاثبات عالمية زيد المشكوك علمه مثلا .

هذا ولكن يمكن الذب عن ذلك تارة بمنع الصغرى وأخرى بمنع الكبرى.

(اما الاول) : فبأن يقال : الفرق بين العقود والايقاعات باحراز القابلية في الاول للفسخ وعدم احراز قابلية الثاني للفسخ غير صحيح ، لان الفرق اما أن يلاحظ بحسب حكم العقل أو بحسب حكم الشرع ، وهو غير ثابت مطلقاً .

أما على الاول: فلحكم العقل بعدم قابلية شيء في العقود والايقاعات للفسخ لان الفسخ عبارة عن رفع الاثر الثابت وهو غير معقول لكونه أشبه شيء يرفع أثر العلة التامة وهو باطل جداً . وأما على الثاني. فلحكم الشرع بجوازه في الموردين لان الاثر كمؤثره شرعي قابل لتصرف الشارع نفياً واثباتاً فيهما أي في العقود والايقاعات .

(وأما الثاني) أعني منع الكبرى : فلانه لاشبهة في امكان احراز القابلية للفسخ في الايقاع أيضاً بواسطة عموم (المؤمنون عند شروطهم) ومايتوهم كونه حينئذ من

قبيل التمسك بالعموم في الشبهة المصداقية واضح الفساد لان القابلية للفسخ وعدمها من الامور التي يجب على الشارع بيانها وليست من قبيل الامور العرفية التي يوكل بيانها الى العرف .

والحاصل : أن بيان عدم قابلية الفسخ في الايقاع كما في العقود موكول الى الشارع ، وحيث لم يبين ذلك بخصوصه نستكشف من العموم الوارد في المقام كونه محققاً ثابتاً من غير فرق بين الموردين، ومن ذلك ظهر فساد التنظير بالامثلة المذكورة ، لانها من قبيل الامور العرفية دون الشرعية بخلاف جواز الفسخ والقابلية .

رابعها : ما يخطر ببالنا من أن الفسخ عبارة عن انحلال العقد وأنه بمعنى الاقالة، فيدخل فيما دخلت فيه الاقالة، ومن البيّن أن الاقالة لاتدخل الافيما يحتاج الى الايجاب والقبول فكذلك الفسخ .

ولعل نظر من أشار الى الوجه الثاني الى هذا ، فتظهر الثمرة بين ما أشرنا وبين ما في الكتاب من الوجه الثالث في الصلح المتعلق بما في الذمة الذي يفيد الابراء ، لانه على مذاقه لايدخله الشرط قطعاً بخلافه على مقتضى ما ذكرنا فانه صحيح قطعاً .

لكن الانصاف أن المعتمد ما أفاده «قده» لا بالتقريب المتقدم حتى يرد ما أوردناه بل بتقرير آخر وهو أنه لم يعهد من الشارح ولا من كلام أهل الشرع دخول الفسخ بالنسبة الى الايقاعات دونه في العقود فيرجع الى الاستقراء بأنه كلما تتبعنا وجدنا عدم دخول الفسخ بالنسبة الى الايقاع دونه بالنسبة الى العقود ، فلا ترد المناقشة المتقدمة الا أنه يرد عليه أن الكلام ليس في بيان اقامة الدليل على خروج ماخرج بل على انطباقه على القاعدة ومجرد تحقق الاستقراء على ما ذكر لايوجب انطباقه عليها .

اللهم الا أن يقال أنه يستكشف من الاستقراء كون اللزوم في الايقاعات من لوازم المهيّة والذات وفي العقود من لوازم الاطلاق . وعليه يمكن أن يقال بانطباقه على القاعدة .

هذا مضافاً الى ما في بعض أفرادها كخصوص الطلاق من رجوع اشتراط الفسخ فيه الى اشتراط حصول النتيجة أي أثر النكاح بلا صيغة ولاسبب شرعي مع أنهم أجمعوا على عدم جواز حصول أثر النكاح بدون صيغة خاصة .

الا أن الانصاف أنه يتى الاشكال في الطلاق بعدم تمامية شيء من الوجوه المتقدمة لانتقاضه بجواز الرجوع في زمن العدة، وما اعتذره في الكتاب من كونه حكماً شرعياً مستفاداً من أدلته لاحقاً غير مفيد جداً لوضوح عدم تحقق الثمرة بين الامرين في خصوص المقام ، اذ الالتزام بأنه حكم شرعي أيضاً مما يضر في المقام خصوصاً بالنسبة الى الوجه الذي أفاده بكلا التقريرين الذين أشرنا اليهما اذ لم يكن وجه لثبوت الحكم بجواز الرجوع في الطلاق لان الغير القابل للفسخ، كيف يصير قابلا له والحكم بعدم ثبوت الفسخ من جهة الاستقراء كيف يجامع مع دخوله في بعض الموارد .

وليس الفسخ الاعبارة عن مزيل الاثرومن المعلوم تحقق المعنى المزبور في الرجوع أيضاً وان قلنا بكونه حكماً شرعياً . نعم على الوجه الرابع الذي أشرنا من كون الفسخ عبارة عن انحلال العقد كالاقالة لم يرد اشكال . وكيف كان هذا الاشكال ــ أعني النقض بالرجوع في الطلاق ــ باق بحاله حتى على ما أشرنا أيضاً لان الكلام في اشتراط الخيار، والمراد منه جواز ازالة الاثر وليس المستفاد من الادلة اشتراط خصوص الفسخ حتى يقال فيه بعدم ورود النقض بناءاً على تفسيره بخصوص حل العقد وانحلاله ، بل المستفاد منها ما أشرنا اليه من جواز اشتراط الخيار وهو عبارة عن اشتراط رفع الاثر وحينئذ يرد النقض بالرجوع في الطلاق .

وكذلك يرد النقض بجواز الرجوع عن الاخذ بالشفعة عند الاخذ بها اذا اشترط فيه جواز الرجوع وكذا النقض بجواز الرجوع في الاجازة في عقد الفضولي اذا اشترط فيه ذلك .

وأما الثالث : ـ أي الشروط الواقعة في ضمن العقود ـ : فقد عرفت انها ثلاثةأنحاء : أحدها ـ كونه وفاقياً . ثانيها ـ كون خروجهاوفاقياً . ثالثها ـ مختلف فيه من حيث دخول الشرط فيه وعدمه . الاول: كالبيع ، والثاني: كالنكاح. وذكروا في انطباقه على القواعد وجوهاً .

منها ـ تشبثه بالعبادة ، فكما لا يدخل فيهاالفسخ كذلك فيما له جهةعبادة .

ومنها ـ الاحتياط الذي فيه اهتمام في الفروج يقتضي عدم دخول الفسخ فيه .

ومنها ـ ما في الكتاب و « الجواهر » من أن مزيل النكاح منحصر بالطلاق. والكل كما ترى لان التشبث بالعبادة واهتمام الاحتياط فيه لا ينافي دخول الشرط وجواز الفسخ . وان ما في الكتاب و « الجواهر » منقوض بعيوب الرجال والنساء لايجابها للفسخ قطعاً. فالانصاف أن الشرط الواقع فيه كالشرط الواقع في الايقاعات خارج من جهة الاجماع والتعبد من جهة الانطباق على القواعد .

والثالث : فأمثلته كثيرة : منها ـ الوقف ، والمشهور عدم الدخول والوجه فيه اما من جهة اشتراطه بالقربة ، وهو ينافي للشرط المزبور أومن جهة فك ملك بغير عوض ، فلايجامع مع الشرط فيهما ما أشار في الكتاب من أن الكبرى في الصغريين ممنوعة ومراده « قده » أن مجرد كون الوقف مماتعتبر فيه نية القربة أو كونه فك ملك بغير عوض لاينافي مع دخول الشرط فيه أومن جهة الموثقة الواردة في مثله اشتراط الواقف بكونه أحق به عند الحاجة و هي قوله : من أوقف أرضاً. ثم قال : ان أصحب اليها فأنا أحق بها ، ثم مات الرجل ، فانها يرجع في الميراث .

والاستدلال بها مبني على ارادة جواز الفسخ والرجوع من قوله : فأنا أحق به ، الحاصل باشتراط ذلك من حين انشاء الوقف .

ولكنه أيضاً ممنوع لوضوح أن المراد به هو الوقف على نفسه ، فبطلانه انما هو من جهة جر المنفعة الى نفسه ، فلا دلالة على المدعى ، ولذا ذكر الامام عليه السلام في حكم المشروط بطلان الوقف وعوده ميراثاً بعد الموت الى الورثة اذلو حمل على اشتراط الفسخ لم يكن وجه للحكم ببطلان المشروط ، لان بطلان الشرط لم يوجب بطلان المشروط ، اما مطلقاً أو في أمثال المقام من قبيل الشروط التي لم يكن فيها ما يقتضي الصحة كالشروط الغير العقلائية ، والشرط في المقام من قبيل الشروط التي لم يكن فيها ما يقتضي الصحة ففساده لم يوجب فساد المشروط كما هو التحقيق .

والحاصل : أن الاستدلال بالموثقة غير صحيح ولعله لذا أشار اليه في الكتاب بقوله : وفي دلالتها تأمل . نعم يمكن الاستدلال بعدم دخول الشرط في الوقف بما استدل به في الكتاب بعد ذلك لعدم دخول الشرط في الصدقات ، وهو قوله: ما جعلت لله عزوجل فلا رجعة فيه . تقريب الاستدلال به مبني على استفادة كون اللزوم من لوازم مهية الوقف وغيره من أنواع الصدقات .

والعجب من شيخنا العلامة الانصاري « قده » كيف غفل عن الاستدلال به في الوقف مع الاستدلال به في الصدقات التي منها الوقف واحالته عليها مما يأباه التعرض له أولا بخصوصه والا ينبغي عدم ذكره أولا بل يتعرض لحكم مطلق الصدقات ابتداءاً .

ولايخفى أن الاستدلال بهذا الخبر مبني على أنه مسوق لبيان حكم الشيء مطلق أي حكم: ماجعلت لله عزوجل، بحسب مهيته ومقتضاه سواء حصل شرط الرجوع والفسخ أم لا؟ لارجعة فيه لالبيان حكمه في نفسه مع قطع النظر عن لحوق

الشرط وعارض آخر بحيث لاينافيه طرو الطوارىء ولحوق العوارض الدالة على ثبوت الفسخ و الرجوع فيدور الامر في الخبر بين الاطلاق والاهمال وأن الاستدلال به مبني على ترجيح الاول .

لكن الانصاف ترجيحه بدعوى ظهور قوله : لارجعة فيه في الاطلاق وكون اللزوم وعدم جواز الرجوع من لوازم المهية. فعليه يتم الاستدلال بالخبر. لايقال: لايتم الاستدلال بمجرد دعوى الاطلاق أيضاً، اذ حينئذ يعارضه عموم أدلة الوفاء بالشرط ، لانا نقول بملاحظة تخصيص أدلة الشروط بمادل على طرح الشروط المنافية للكتاب والسنة كان الخبر المذكور حاكماً على أدلة الشروط ، اذ به يتحقق موضوع السنة .

وان أغمضنا عن ذلك نقول : أن التعارض بينهما على نحو العموم والخصوص من وجه، أمكن تقديم الخبر بملاحظة ترجيحه على عموم « المؤمنون عند شروطهم » من جهة ورود كثرة التخصيص عليه وعدم ورود شيء منه عليه ، وان أبيت عن ذلك غاية الامر التساقط فيرجع الى الاصل الموجود في المقام وهو أصالة عدم نفوذ هذا الشرط فيحكم بلزوم العقد .

ومما ذكرنا ظهر حال بقية الصدقات، فانها أيضاً قد خرجت عن تحت العموم المتقدم بواسطة الخبر المزبور .

ومنها: الضمان. فالمحكي عن « التذكرة » و « القواعد » عدم دخول الشرط، وهو ظاهر « المبسوط » وقد استثنى شيخنا العلامة « قده » في الكتاب بعد تقوية الدخول على دخول التقابل فيه .

والتحقيق أن يقال : ان أرادوا بدخول الشرط جواز الفسخ وازالة أثر الضمان بحيث يعود الدين الى ذمة المضمون عنه ، فالحق مع المانعين ، اذ لادليل على عود ما في الذمة المضمون عنه بلا سبب ، فقول الضامن : فسخت ، لايصير

سبباً لعود الدين، بل مقتضاه ابراء ذمة الضامن لاشتغال ذمة المضمون عنه . وان أرادوا جواز الفسخ بمعنى مجرد ازالة ذمة الضامن من دون اشتغال ذمة المضمون عنه ، فالحق مع المجوزين. ولكن الظاهر أن مرادهم هو الاول ، فعلى هذا فلاوجه لدخول الشرط ، فخروجه عن تحت العموم المتقدم على القاعدة .

ومنها : الرهن ، فالمحكي عن « غاية المرام » عدم ثبوت الخيار فيه لان الرهن وثيقة للدين ، والخيار ينافي الاستيثاق ولعله لذا استشكل العلامة في « التحرير » . فأجيب عن ذاك بوجهين :

أحدهما : ما في « الجواهر » من أن وثاقة المشروط بحسب الشرط، ولعله أراد بذلك أن الرهن المقرون بهذا الشرط أولى في الوثاقة من عدم الرهن رأساً، فلو دار الامر بين بقاء دين الدائن عند المديون بلارهن أو بنحو هذا الرهن كان الثاني أولى في الوثاقة .

ثانيهما : ما في الكتاب من أن وضع الرهن على اللزوم ، فلا ينافي جواز جعل الخيار بتراضي الطرفين . ولكن الانصاف أن الوثاقة مأخوذة في مهية الرهن، والشرط ينافيها والجوابان لا ينفعان ، فخروج الشرط عن تحت العموم حينئذ على القاعدة .

ومنها: الصلح . المحكي عن « التذكرة » دخول الخيار فيه مطلقاً، وعن «المهذب البارع » الاجماع عليه، ولكن المحكي عن « المبسوط » و « الخلاف » عدم دخوله فيه، وفصل في « التحرير » بين مالو كان متعلقاً بالمعاوضة فيدخله خيار الشرط وبين مالو كان متعلقاً بالدعوى قبل ثبوتها ، أو عما في الذمة فلايدخله، لان الدخول حينئذ نقض للغرض ، اذ الصلح انما شرع لرفع التشاجر والدعاوي، ودخول الخيار ينافي لتلك الحكمة . وأما في الصلح عما في الذمة يكون الفسخ سبباً لرفع الابراء حينئذ ، فيلزم حصول الشيء بلا سبب ، فهذا أشبه شيء بشرط

النتيجة . وهذا التفصيل أقوى ، أما وجه الدخول في الشق الاول فواضح ، لان الاصل في جميع عقود المعاوضة يقتضي دخول الشرط ، كما سيأتي بيانه .

ومنها : الصرف . فالمحكي عن « المبسوط » و« السرائر » عدم دخول الشرط فيه مدعين عليه الاجماع ، الا أن العلامة « قده » جزم في « التذكرة » دخول الشرط فيه ، استدل للمنع بأنه لايعقل لهذا الشرط فائدة ، لانه اما يتصور دخوله قبل القبض أو بعده :

وعلى الاول : فلاريب في انتفاء الفائدة فيه لكونه حينئذ من العقود الجائزة، فلا يحتاج في فكه الى الخيار بناءاً على عدم وجوب التقابض ـ لا شرطاً ولا تعبداً ـ نفسياً . نعم على تقدير كون التقابض واجباً نفسياً يدخله الشرط لحصول الفائدة وهي ازالة الوجوب الحاصل من العقد .

وعلى الثاني : فلان شرط الخيار بعد القبض مستلزم للغرر والجهالة ، اذمدة القبض غير معلومة فضلا عن مدة الشرط بعده كما لايخفى ، الا أن يفرض الخيار بعد ساعة من العقد بعد القطع لحصول القبض قبل تلك الساعة ، فلا يلزم الغرر. فالاقوى هو الدخول ، لوجود المقتضي وعدم صلاحية ماذكر ، للمنع . مضافاً الى دعوى الاجماع على دخول الشرط المزبور في السلم الذي كان كالصرف في جميع الاحكام .

هذا كله حال العقود اللازمة ، فقد عرفت مما ذكرنا أن أكثرها باقية تحت العموم المتقدم وأن بعضها وان خرج تحت العموم الا أنك قد عرفت أن خروجها على القاعدة بحيث لايوجب الوهن في العموم المزبور. وعليه فلو شك في بعض العقود اللازمة عدا ما أشرنا اليه في دخول الشرط وعدمه كان العموم المزبور قاضياً بالدخول . نعم هو موهون بالنسبة الى الايقاع لما عرفت من عدم انطباق خروجه عن القواعد .

ومن هنا ظهر وجه كلام بعض الاعلام ، حيث أنه استشكل في العموم من حيث شموله للايقاع مع التمسك منه في بعض العقود . وظهر حال العقود الجائزة أيضاً من عدم دخول الشرط فيه لما عرفت من انتفاء الفائدة للشرط فيها .

ودعوى امكان تحصيل الفائدة فيها ولو بالتأكيد ونحوه مدفوعة : بأن الفائدة لابد من أن تظهر في المشروط بحيث يكون له ، والتأكيد ليس كذلك لانه من فوائد الشرط خاصة، والا فلو فرض كونه للمشروط لزم الدور .

وقد تم الكلام في هذا المقام وله الحمد على كل حال . فلنشرع الى قسم آخر من الخيار فهو رابع الخيارات مما ذكر شيخنا العلامة « قده » في كتابه ، كما قال « قده » :

الكلام في خيار الغبن

الرابع : خيار الغبن . ونقول : لابد من التعرض الى موضوعه أولا ثم حكمه.

فنقول : الغبن ـ بتسكين الباء ـ خديعة في البيع ، وبالتحريك خديعة في الرأي سواء سبق السؤال والاستشار فأوقعه في الجهل وأخدعه أم لا ؟

ثم لايخفى أن الغبن في البيع بحسب معناه اللغوي لايتحقق الا مع جهل المخدوع والمغبون وعلم الغابن ، فيعتبر في تحقق مفهومه اعتبار القيدين. ولكن بحسب اطلاق الفقهاء أنه عبارة عن مطلق تمليك ماله بما يزيد أو ينقص، سواء كان البائع الذي هو غابن في الاول عالماً بالقيمة أوجاهلا ، والمشتري الغابن ـ في صورة النقيصة ـ عالماً بها أو جاهلا ، أو كانا كلاهما جاهلين بالقيمة : يتحقق الغبن عند الفقهاء أيضاً ، فكان ذلك من باب حدوث المعنى الاصطلاحي له . وان كان يمكن أن يقال : عدم اعتبار القيدين في معناه اللغوي أيضاً بدعوى أن معناه لغة الاتيان بفعل ما يناسب الخادع كلفظة الجهالة ، حيث أنها بمعنى الاتيان بأفعال

الجهال ، وان كان على وجه الالتفات فالمغبون حينئذ من عمل المخدوعين .

ولكن هذا انما يصح في طرف الغابن ، فمع علم الغابن يحصل الخياردون طرف المغبون ، فانه ليس له الخيار مع علمه بالحال . فالمغبون العالم بالغبن المقدم عليه عري عن الخيار وخارج عن البحث ، اما موضوعاً : لان الخديعة لا تتحقق الا مع جهل المخدوع ، أو حكماً : اذا احتملنا احتمال الصدق مع العلم أيضاً كما في قوله تعالى : (يخادعون الله والذين آمنوا) .

ثم ان ثبوت الخيار به هو المنسوب الى الاصحاب ، وفي « التذكرة » الى علمائنا ، و « نهج الحق » الى الامامية . ولاينافيه سكوت جماعة لعدم ثبوت مخالفتهم .

ولكن الاولى تنزيل المسألة منزلة المسائل الخلافية لما نقل عن المحقق « قده » في حلقة درسه : انكار الخيار باعتبار أن النقل مقدم على الكتب عند التعارض ولماحكي عن صريح الاسكافي : المنع ، وحكي ذلك عن صاحب « الكفاية » أيضاً ، ولخلو كتب كثير من المتقدمين عن ذلك فانه لو كان ذلك الخيار ثابتاً في الشرع للزمهم ذكر ذلك مع توفر الدواعي الى ذكره وكونهم في مقام تعداد الخيارات ، وسكوتهم عن ذلك دليل على العدم لماقرر في محله : أن السكوت في معرض البيان يفيد الانحصار وكيف كان فالمتبع حينئذ هوماساعد عليه الدليل من سببية الغبن للخيار وعدمها .

فنقول بعون الله تعالى : ويستدل على ثبوت الخيار بوجوه :

منها : ماستدل في « التذكرة » بقوله تعالى (الأأن تكون تجارة عن تراض) فان المغبون المخدوع ليس براض بتلك المعاملة الخدعية فلايحكم باللزوم قطعاً ، فأورد عليه مشائخنا المتأخرون ، منهم : شيخ الفقهاء في « الجواهر » بأن المدار على الرضا الفعلي وهو حاصل ، ولاعبرة بالرضا التقديري وعدمه ، فلو أريد من

الاية الشريفة الرضا الفعلي الصوري فهو حاصل قطعاً . ولو أريدالرضا الواقعي التقديري فتكون المعاملة حينئذ باطلة لأن فيها الخيار، ضرورة أن المغبون لوعلم الخديعة والغبن لم يكن راضياً بالرضاالواقعي فلازمه الفساد لاالخيار ، لعدم احراز التراضي في المعاملة الغبنية .

ويستفاد من شيخنا العلامة « قده » دفع ذلك بأن البيع صحيح مع الخيار، أما الخيار لعدم الرضا الواقعي فيحكم بعدم اللزوم بمقتضى الاية الشريفة فيتم الاستدلال ، وأما الصحة لكفاية الرضا الفعلي الصوري في الصحة وعدم كفايته للزوم انما هو من جهة استلزام اللزوم الزام المغبون بمالم يلتزم به ولم يرض به .

وبيان ذلك: أن جواز الاكل والحلية متوقف على حصول التجارة عن تراض، ولاريب أن اللزوم أيضاً متوقف على حصول التراضي بل بطريق أولى ، لان اللزوم فرع الصحة ، فحيث علم من الاية الشريفة أن الرضا يتوقف عليه اللزوم وشرط في ثبوت اللزوم ، فيقال حينئذ في توجيه الاستدلال : أن رضا المغبون على تلك المعاملة كان مبنياً على عنوان مفقود ، بمعنى أن رضائه مشروط على عدم نقص ما يأخذه عما يدفعه في المالية ، فكأنه قال : رضيت واشتريت هذا الذي سوى درهماً بدرهم . أي اشتريت ورضيت بتلك المعاملة بشرط مساواته بالدرهم .

فاذا تبين انتفاء هذا الشرط ـ أعني المساواة ـ بأن ظهر فقدان ذلك العنوان المبني عليه الرضا علم أنه لم يكن راضياً بتلك المعاملة ، فان رضائه انما هو على تقدير المساواة ، فهي منتفية فليس للمغبون رضا واقعي فينتفي ماهو موقوف عليه أعني اللزوم .

فان قلت: كما أن اللزوم يتوقف على الرضا الواقعي كذلك الصحة أيضاً تتوقف عليه ، فلازم انتفاء الرضا انتفاء الصحة أيضاً ، وهو خلاف المطلوب ، لان المقصود ثبوت الصحة مع عدم اللزوم .

قلت : ان المنتفي في المقام هو قيد المبيع وشرط من شروطه ـ أعني المساواة ـ ومن المقرر المعلوم أن انتفاء القيد لايوجب بطلان البيع ، لان تخلف الوصف لايوجب فقدان الصحة كما قرر في تخلف الوصف والشرط : ان تخلفهما لايوجب الا الخيار . فان الذي يكفي في الصحة هو الرضا بالغبن الموصوف الذي هو من أركان العقد .

والذي يعتبر في اللزوم هو الرضا بالصفة ، وفقده لايوجب بطلان البيع بل يوجب الخيار لان الحكم باللزوم حينئذ يوجب الزام المشتري بمالم يلتزم به من غير دليل فالاية تدل على ثبوت الخيار بعد تبين الخدعة .

وبعبارة أخرى : أن رضا المغبون لكون ما يأخذه عوضاً عما يدفعه مبني على عنوان مفقود ، وحيث أن العنوان المقصود صفة من صفات المبيع لم يكن تبين فقده موجباً للبطلان وانما يوجب الخيار فراراً عن استلزام اللزوم، الالتزام بمالم يلتزم به من غير دليل. ولاينافيه الحكم بلزوم المعاملة لو رضي بعد التبين بالعوض المساوي ، لان الرضا اللاحق حينئذ كالرضا السابق بفحوى أدلة الفضولي والمكره .

هذا في تتميم الاستدلال بالاية الشريفة على ما وجهه شيخنا العلامة « قده » دفعاً لايراد هؤلاء المشائخ العظام . ولكن أورد نفسه « قده » بوجهين .

أحدهما : منع كون الوصف المذكور عنواناً ، بل ليس الامن قبيل الداعي الذي لايوجب تخلفه شيئاً .

وثانيهما : لوسلم ، فانما يوجب الخيار أخذه على وجه التقييد اذ ذكر في متن العقد ، وأما اذا لم يذكر فلايوجب الخيار .

وفي كليهما نظر ، أما في الاول : فلان بناء الخيار في تخلف الوصف على ملاحظة كون الوصف داعياً ، اذ لو أخذه عنواناً في المبيع فلازمه بطلان البيع لا

الصحة والخيار، فكونه داعياً يوجب تخلفه الخيار كما لايخفى.

وأما في الثاني : فلان في حكم ذكر القيد في متن العقد ، التباني عليه كما حقق في محله، والتباني كما يحصل بعلمها بمساواة الصحة للمعوض كذلك يحصل مع جهل أحدهما، اذا شهد حاله على اعتبار المساواة كما هو الحال في المقام .

ومنها قوله تعالى : (لاتأكلوا أموالكم بينكم بالباطل) والباطل له اطلاقات، منها : اللغو والعاري عن الفائدة. ومنها : الزائل . ومنها : مقابل الحق. والمراد بالاية الشريفة هو الاخير كما لايخفى .

وتقريب الاستدلال : أن أكل الغابن المال ببيع ماسوى درهماً بعشرة مع الخدعة ومع عدم تسلط المغبون على رد المال أكل بالباطل ، أما مع رضائه بعد التبين فليس أكلا بالباطل، واطلاقه وانكان يقتضي حرمة الاكل قبل تبين الخدع أيضاً ، الا أنه خرج بالاجماع وبقي بعدالتبين داخلا. وأورد عليه بمعارضته مع ظاهر (الاأن تكون تجارة عن تراض) بناءاً على ما عرفت من كفاية الرضا الفعلي الحاصل مع الجهل بالحال في الصحة ، وحيث أن النسبة بينهما عموم من وجه فيتساقطان ، والمرجع أصالةاللزوم .

ولايخفى عليك أنالمعارضة مبنية على جعل الاستثناء منقطعاً، اذلوكان متصلا فلاوجه للمعارضة بينهما ، لان الاستثناء المتصل قرينة صارفة ، ومن الواضح أنه لاتعارض بين القرينة و ذيها بل ظهورالقرينة أقوى منه والافلاتصلح قرينة.

وأجيب عن المعارضة : بمنع كفاية الرضا مع الجهل بالمال ، بل وجوده كالعدم ، فليس هذانحو منالرضا مشمولة لاية التراضي المخرج لاكل المالعن الباطل ، وحينئذ فالمحكم هوآية (لاتأكلوا) ، لعدم المخرج له .

وقد يقررالتعارض بينهما بوجهآخروهو : أنآية التراضي تشمل غيرصورة الخدعة، وهي مالو أقدم علىشراء العين مع احتمال أنيكون ثمنه أضعاف قيمته،

فيدل على نفي الخيار في هذه الصورة من دون معارض ، فيثبت عدم الخيار في الباقي لعدم القول بالفصل، فيعارض مع آية النهي المختصة بصورة الخدع الشاملة لغيرها ، بعدم القول بالفصل ، فيرجع بعد تعارضهما بضميمة عدم القول بالفصل وتكافؤهما الى أصالة اللزوم .

وفيه بعد تسليم عدم القول بالفصل بين صورة احتمال الغبن وبين جهله بالحال، كعدم الفصل بين القولين في آية النهي : انما ذكر من التعارض مبني على أن يكون الحكم في محتمل الغبن هو عدم الخيار كمعلوم الغبن ، وهو محل منع كما سيأتي انشاءالله تعالى .

ومنها : ما استدل العلامة « قده » في « التذكرة » بأن النبي ﷺ أثبت الخيار في تلقي الركبان : وان ما أثبته للغبن .

وأجيب عنه: بمنع صحة حكاية اثبات الخيار وبعدم وجودها في الكتب المعروفة بين الامامية لينجبر ضعفه بالعمل .

لكن عن « الغنية » نهى ﷺ عن تلقي الركبان ، وقال : فان تلقى متلق ، فصاحب السلعة بالخيار ، اذا دخل السوق . وهو مرسل منجبر ضعفه بالشهرة .

فعن « المختلف » و« الكفاية »: أخبار الفرقة الدالة على الخيار في تلقي الركبان، والاستدلال بالجميع لاثبات خيار الغبن مبني على عدم استفادة خصوصية في تلقي الركبان .

ومنها : ما استدل به أيضا في «التذكرة» وغيرها: من قوله : لاضرر ولاضرار في الاسلام. وتقريب الاستدلال به بوجهين :

أحدهما: ما يستفاد من كلام جماعة، منهم: صاحب « الجواهر » أن المنفي هو مشروعية ما يشتمل على الضرر ، سواء كان من الاسباب كالمعاملات أو من العبادات. غاية الامر : على الاول: يدل على نفي التأثير، وعلى الثاني : يدل على التحريم .

وعلى الاول ـ أعني المشتمل على الضرر من المعاملات ـ نفي المشروعية فيه تارة يكون بنفي الصحة واللزوم ، وأخرى بنفي اللزوم خاصة . فعلى الاول : يثبت فساد المعاملة، وعلى الاخر يثبت الخيار . فيدور الامر حينئذ بين ارتكاب التخصيصين اللازم على الاول ، اذ عليه يلزم التخصيص في دليل الصحة وهو قوله تعالى : (أحل الله البيع) ودليل اللزوم وهو قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) وان كان الثاني تابعاً للاول ، وبين ارتكاب تخصيص واحد وهو تخصيص دليل اللزوم خاصة . ومن البين أن حمل الخبر بما يوجب قلة التخصيص أولى من حمله على ما يوجب الكثرة ، بل هو المتعين .

هذا توضيح ما في «جواهر الكلام» ، وظاهره وان كان يأبى عن هذا التوجيه الا أنه لابد من ارجاعه اليه .

وثانيهما : ما يستفاد من كلام شيخنا العلامة «قده» في المقام وغيره : من أن المنفي هو مشروعية الحكم المشتمل على الغرر ، ومن الواضح أن مجرد الصحة لايوجب الغرر ، بخلاف اللزوم، فان فيه ضرراً على المغبون فينتفي اللزوم ويثبت الخيار . ثم أورد بما محصله : من أن نفي الضرر لايثبت الخيار المبحوث عنه بل هو أعم منه . ومن وجوب الرد بمقدار الزائد ومن وجوب أداء البدل عنه ، اذ نفي الضرر يحصل لكل منهما ، ولادلالة للعام على الخاص .

ثم استظهر الاحتمال الثاني بما ذكروه في معاوضات المريض المشتملة على المحاباة كاشترائه بأزيد من ثمن المثل من وجوب استرداد الزيادة ، فحال المغبون كحال المريض وحاله بعد العلم بالصحة حال الوارث اذا مات ذلك المريض المشتري ، فكما أن له استرداد الزيادة من دون رد المعاملة ، فكذلك للمغبون استرداد الزيادة من دون رد المعاملة .

واستظهر الاحتمال الثالث بما ذكره العلامة «قده» في بيع المرابحة عند ظهور

كذب البائع في اخباره برأس المال من عدم ثبوت الخيار للمشتري ، بل يجب على البائع أداء التفاوت .

وحاصل الاحتمالين : عدم الخيار للمغبون مع بذل الغابن للتفاوت ، والمتيقن منه صورة امتناع الغابن من البدل . هذا ولكن في أصل المناقشة والاحتماليـن المذكورين نظر وتأمل :

أما في الاولى : فلان مقتضى ما ذكره في تقريب الاستدلال هو أن المنفي الحكم المشتمل على الضرر ، وهو يحصل باللزوم دون الصحة ، وليس المنفي هو الفعل الضرري الذي يرجع الى أفعال العباد حتى يتدارك برد الغبن أو البدل، بل المنفي هو حكم الله تعالى وهو يرجع اليه تعالى ، ولايحصل رفعه الابالحكم بالخيار ــ ظاهراً ــ .

والحاصل :أن مبنى المناقشة على جعل المنفي هوفعل العباد، ومبنى الاستدلال على جعل المنفي هو حكم الله تعالى ، وشتان مابينهما .

وأما في الثاني : ــأي الاحتمال الاول ـ وهو وجوب تدارك الضرر من الغبن. فيه : أنه يستلزم التبعض في الفسخ ، وهوغيـر قابل له على الاصح وأنه يوجب الجمع بين العوض والمعوض كما أشار اليه «قده» في الكتاب أيضاً .

وأما في الثالث ـ أي الاحتمال الثاني ـ فلانه مخالف للاجماع ـ كما سيأتي انشاء الله ـ واستدل في « الجواهر » بوجه آخر وهو أنه بعد دلالة الخبر على نفي اللزوم يدور الامر فيه بين أمور ولا يتعين خصوص الخيار المذكور ، الا أنه يمكن اثباته بالتحري بالظن لانه أقرب الاحتمالات وأظهرها . وأنت خبير بأن الاستدلال بتنقيح المناط الظني خروج عن الطريقة المعتدلة .

والتحقيق في المقال أن يقال : أن الخبر يدل على ثبوت الخيار سواء قلنا بأن المنفي فيه هو الفعل الضرري أو الحكم الضرري ولا يتطرق فيه الاحتمالان

المذكوران ولا غيرهما .

أما غيرهمافلايحتاج الى البيان ، وأما الاحتمال الاول فلما عرفت من استلزامه الجمع بين العوض والمعوض والتبعيض في الفسخ.

وأما الاحتمال الثالث : فلمخالفته الاجماع ، اذ لم يقل أحد بالزام المغبون الغابن بالارش ، نعم له المطالبة فان أبى فله الرد والا فلا.

وكلام شيخنا العلامةوان كان صدره يوهم الخلاف الأن ذيله مصرح بالوفاق. فانحصر احتمال الخيار ، بعد بطلان سائر الاحتمالات، انما الكلام في أن ثبوته على وجه الاطلاق من دون تقييده برد الارش وبذل ما به التفاوت من الغابن أو الحكم به مقيد بعدم البذل ؟

فالمشهور هو الاول كما صرح به في محكي « الايضاح » و « جامع المقاصد » معللين بأن المدفوع انما هو هبة مستقلة . ومن البين أن الهبة لاتخرج المعاملة الضررية عن كونها ضررية ، والذي يستفاد من كلام العلامة الانصاري هو الثاني، مستدلا له بأن المدفوع غرامة لما أتلفه الغابن عليه من الزيادة وليست هبة مستقلة حتى تخرج المعاملة المشتملة على الغبن عن كونها مشتملة عليه ولاجزءاً من أحد العوضين حتى يكون استرداده مع العوض الاخر جمعاً بين جزء من العوض وتمام المعوض . ولكن المشهور هو المنصور وان قلنا بكونه غرامة . ولعل مراد « الايضاح » و « المقاصد » أيضاً ذلك بأن يكون المدفوع بمنزلة الهبة ، وان أبى عنه ظاهر كلامهما .

وتوضيح الحال في المسألة وكشف القناع عنها يتوقف على ذكر الاحتمالات المتصورة في الخبر ، فنقول : أنها أربعة: أحدها : دلالته على نفي تحمل الضرر وعدم لزوم الصبر على المتضرر بالضرر، ومقتضاه رفع المغبون الضرر عن نفسه وهو اما بالخيار بين الرد والامساك، وأما بالاحتمالين المتقدمين على اشكال متقدم منهما .

وثانيها : أن يكون مفاده نفي اضرار الضار ووجـوب تدارك الضرر عليه فيرجع ذلك الى الغابن فيثبت له الخيار في تدارك هذا الضرر بين رد العين وبين أداء الارش وهو المستفاد من شيخنا في « الجواهر » .

وثالثها : نفي الحكم الضرري وهـو اللزوم في المقام واثبات الخيار من التحري بالظن كما حققه صاحب « الجواهر » .

ورابعها : ما اخترناه واستظهرناه من كلام شيخنا العلامة الانصاري « قده » من أن المنفي هوالحكم الشرعـي الضرري ، ولازم انتفائـه اثبات الخيار لفقد الواسطة بينهما ، اذ بعـد مالم يمكن العقد لازماً يكون جائـزاً لامحالة ومقتضى اطلاقه ثبوت الخيار مطلقاً من غير تقييد بصورة بذل الغابن الغرامة وعدمه. فظهر بذلك اندفاع تـوهم الاشتراط بعدم البذل ، كماظهر أنه لاحاجة في اثبات الخيار بعد بذل الغابن الى التمسك بالاستصحاب لكفاية اطلاق المذكور .

ثم لو قلنا باجماله ، فهل يجري الاستصحاب بعد البذل أم لا ؟ وجهان بل قولان ، والمستفاد من الاكثر هو الاول نظراً الى ثبوت الخيار حين صدور العقد المشتمل على الغبن فيكون الشك حينئذ في رافعية بذل الغابن له فالاصل يقتضي بقاؤه ، ولكن المستفاد من شيخنا في « الجواهر » والعلامةالانصاري « قده » هو الثاني لفقد الحالة السابقة للشك في أصل ثبوت الخيار من حين العقد بعد تعقبه ببذل الغابن ، والاقـوى ذلك لما عرفت مـن انتفاء اليقين السابق . ثـم انه بعد الاغماض عما ذكرنا من أن نفي اللزوم ملازم لثبوت الخيار لانتفاء الواسطة بينهما لابد في تعيين الحكم بثبوت الخيار والجزم به من مـرجح ، لما عرفت مـن أن الامر فيه يدور بين الاحتمالات الثلاثة .

وقد يقال : أن الجمع بين الحقين يقتضي خصوص الاحتمالين الاخيرين دون الخيار لان الحكم بالخيار للمغبون يوجب ابطال حق الغابن بالنسبة الى ما أخذه

عوضاًعن ماله والتكسّب به ، بخلاف ما لو تدارك ضرره بأداء الزيادة أوالارش اذ يراعى فيه حق الغابن بالنسبة الى ما أخذه عوض ماله وحق المغبون بـأداء الارش الجابر لضرره .

وفيه : منع ذلك على سبيل الكلية ، اذ قد يتعلق غرض المغبون بأخذ ذات القيمة الكثيرة، وحينئذ فيفوت ذلك الغرض ولا يقوّم أداء الزيادة والارش مقام ذلك الفرض ولا يحصل بهـا ، بخلاف ما لو فسخ ورد المبيع المشتمل عـلى القيمة اليسيرة . والحاصل أن مراعاة غرض الغابـن في ابقاء ما اكتسبه معارض للزوم مراعاة المغبون في أخذ ذات القيمة الكثيرة الـذي لايحصل ذلك بمجرد أداء الارش ، وعليه فلا يكون في الحكم بلزوم أداء الارش جمع بيـن غرض الغابن والمغبون وحقهما .

لكن يرد عليه : أنه علىالفرض المذكور لا ينفع فسخ المعاملة ورد العين لانه قد فات غرض من أحاله بعد تبينالخلاف ولايتدارك ذلك الغرض بشيء من الرد والامساك مع أخـذ الارش أو الزيادة ، وحينئذ فلا يصلح ذلك لـلمعارضة مع لزوم مراعاة غرض الغابن في ابقاء عوض ماله . ولعل قوله «قده» فتأمل ، بعد الاشارة الى وجه الجمع والاعتراض عليه بالمعارضة اشارة الى ما قلناه ، لكن الانصاف أن أصل الجمع بما ذكر ضعيف من أصله ، لرجوعه الى لزوم مراعاة الغرض الشخصي الحاصل للغابن في ابقاء ما حصل بيده بالمعاوضة وهذا كمـا ترى خارج عن الاغراض المالية التي يجب مراعاتها .

والعلامة الانصاري «قده» وانالتفت الى ذلك حيث قـال : وهذا لايصلـح للمعارضة معضرر المغبونالاأنه يكفي لترجيح بعض الاحتمالات علىبعض آخر وأنت خبير بأنه كما لايصلح أن يكون معارضاً لايصلح أن يكـون مرجحاً فلـم يظهر وجه وجيه لتعيين مـا عدا الخيار مـن بين الاحتمـالات فتبقى بمالها مكـافؤ

بعضها مع بعض .

نعم قديقال بترجيح خصوص الخيار من جهة الظن به من بين المحتملات كماعرفت من «الجواهر» وفيه : ان ماذكره مجمل المراد اذ لو أراد من حصول الظن بتعيين الحكم المزبور من بين المحتملات الظن المرادي بحيث يحصل الظن بكونه مراد الشارع من الخبر ولو بمعونة الخارج لكن على وجه يوجب ظهور اللفظ في ذلك ، فلا غروفيه لمساعدة الادلة على اعتباره وان أراد حصول الظن بذلك من الخارج بحيث لايصير منشأ لظهور اللفظ فلا اعتبار له .

الخامس من الادلة : الاخبار الواردة في حكم الغبن وهي أربعة :أحدها ـ ما عن «الكافي» عن أبي عبد الله عليه السلام : غبن المسترسل سحت . ثانيها ـ مارواه الميسرعنه عليه السلام قال : غبن المؤمن حرام . ثالثها ـ قوله عليه السلام في خبر : لايغبن المسترسل فان غبنه لايحل . ورابعها ـ ما في «مجمع البحرين» حيث أنه بعد أن ذكر معنى الاسترسال وأنه بمعنى الاستئناس والطمأنينة الى الانسان والثقة فيما يحدثه ، وقال : ومنه الحديث: أيمامسلم استرسل الى مسلم فغبنه فهو كذا . ومنه: غبن المسترسل سحت .

وتقريب الاستدلال بالكل مبني على مقدمات :

احديها : دعوى ثبوت الحقيقة الشرعية في لفظة (الغبن) في تلك الاخبار ، ونقله فيها عن معناه اللغوي ـ وهي الخدعة ـ الى معناه الشرعي ـ وهو تمليك مال بما يزيد عن قيمته مع جهل الاخرـ حتى يتعلق النهي فيها بذات المعاملة المقتضي للفساد ، اذ لو بني على معناه اللغوي كان النهي متعلقا فيها بما هو الخارج عن المعاملة ، فلا يقتضي الفساد كما قرر في محله .

والثانية : تقييد الحرمة أو السحت أو ما يؤدي مؤداهما بما هو مذكورفي تلك الاخبار بصورة عدم الرضا ، اذ لا اشكال في لزوم العقد الغبني اذا رضي

المغبون به بعد انكشاف فساد الخلاف .

والثالثة : التعدّي عن مورد الاخبار ، وهو غبن المسترسل الى غبن غيره ، وهو الذي أقدم على معاملة من دون استرسال أخيه ، لعموم المدعى وهو ثبوت الخيار في الصورتين .

والدليل مختص بالاول ، فلابد من التعدّي عن مورده الى غيره ، واثبات تلك المقدمات دونه خرط القتاد .

ولكن الانصاف عدم تمامية تلك الاخبار لاثبات المدعى ، فان ما عدا الاول ظاهر في حرمة الخيانة في المشاورة ، مضافاً الى أنه يأتي فيه ما يأتي في الاول من المحاذير والاحتمالات التى هي خارجة عن الاستدلال . وأما الاول : فهو وان كان ظاهراً في الاموال لكن يحتمل ارادة كون الغابن بمنزلة آكل السحت في استحقاق العقاب على أصل العمل وهي الخديعة في أخذ المال . ويحتمل ارادة خصوص كون المقدار الزائد سحتاً، ويحتمل ارادة كون المجموع كذلك.

ومن البين : أن المدعى انما يتم بالاخير ولا يعين به بعد تطرق الاحتمالين الاولين مضافاً الى ما عرفت من توقف الاستدلال به على المقدمات المزبورة التى يصعب على المستدل اثباتها قصوى الصعوبة .

ثم انه يعتبر في هذا الخيار شرطان :

الشرط الاول : جهل المغبون بالقيمة

فلو علم ، فلاخيار بلا اشكال ولاخلاف ، بل لاغبن لماعرفت من أخذ الجهل بالقيمة في موضوعه لغة واصطلاحاً ، وهل يثبت الخيار للجاهل مطلقاً ، أو يفصل بين أقسامه ؟ وجهان يأتي الاشارة اليهما بعد ذكر الاقسام المتصورة للجهل : فنقول :

الجاهل بالقيمةاما أن يكون غافلا عنها بالمرة وعن ثبوت الغبن وعدمه، أو يكون ملتفتاً اليها . وعلى الثاني : فاما أن يحصل له العلم بالخلاف بمعنى العلم بعدم تحقق الغبن واقعاً مع تحققه كذلك أولا ، بل يحتمل الغبن وعدمه . وعلى الثاني: اما أن يكون شاكا أوظاناً أو متوهماً، وعلى التقادير اما أن يكون مسبوقاً بالعلم وعرضه النسيان أولا .

أما القسم الاول ، وهو ماكان غافلا بالمرة ، وكذا القسم الاول من قسمي القسم الثاني : فلا اشكال في ثبوت الخيار فيهما ، بل هما القدر المتيقن من الصور المزبورة ، ولافرق بين مسبوقيته بالعلم وعدمها، وهذا واضح . وأما ما عداهما من بقية أقسام الجهل البسيط من الشاك والظان والمتوهم ، ففي ثبوت الخيارفيها مطلقاً نظراً الى اطلاق أدلة الخيار التى عمدتها قوله ﷺ : (لاضرر ولاضرار) الشامل لجميع الصور .

غاية الامر خروج صورة العلم عن تحته فيبقى ماعداها تحته وعدم ثبوت الخيار فيها مطلقاً نظراً الى جريان المناط المصحح لخروج صورة العلم وهو الاقدام بالضرر هنا أيضاً ، اذ لاشبهة في أن المتحمل للضرر والغبن اذا أقدم على المعاملة ، كان اقدامه على مالا يؤمن الضرر فيه فيكون كالعلم بذلك في كونهما مقدمين على نحو تلك المعاملة الغبنية أو التفصيل بين الظن وبين الاخيرين ، بعدم الخيار في الاول دون الثاني لجريان مناط انتفاء الخيار وهوالاقدام في الاول دون الثاني وجوه واحتمالات، أحسنها الاخير، والاحسن منه تفصيل آخريتوقف ذكرها على ذكر الوجوه والاحتمالات المتصورة في مدرك خروج صورة العلم.

فنقول : أن الاحتمالات المتصورة فيه أربعة :

أحدها : أن يكون الخروج للتعبد من دون اناطته بشيء جار فيما عداها.

وفيه : مالايخفى اذ لادليل على ضرورة التعبد بل عمدة الدليل وهو ثابت

فيه ، الا ترى فيما عداه كالصوم وغيره .

ثانيها : أن يكون ذلك من جهة انتفاء موضوع الغبن لاعتبار الجهل فيه .

وفيه أيضاً : مالا يخفى اذ الحكم في الادلة يدور مدار صدق الغبن وان كان الخيار لاجله الا أن يكون مفادة كالوجه المتقدم وهو الحكم بثبوت الخيار في جميع صور الجهل .

ثالثها : أن يكون من جهة اقدام العالم بالمعاملة الغبنية ، وعليه فلاغرو في الحكم بتحققه في صورة الظن بالغبن ، بل وفي الشك أيضاً سيما مع التمكن من السؤال .

ولكن يردعليه: أن مجرد الاقدام غير كاف في الحكم بعدم الخيار مع انتفاضه بكثير من الموارد الضررية المقدم عليها من العبادات والمعاملات حيث أن الاقدام ثابت فيهامع عدم امضاء الشارع ، وكفى لذلك شاهداً حكمهم بفساد المعاملة المشتملة على جهل المتعاقدين مع اقدامهما بذلك وبفساد العبادات الضررية اذا أقدم الفاعل المتعبد بها.

رابعها : أن يكون من جهة كون العالم راضياً بذلك الغبن ، فيتعدى منه الى كل موضوع يحصل فيه الرضا .

وعليه يفصل في الصورة المزبورة بين ما اذاتغير حال المقدم وانكسرخاطره بعد انكشاف الواقع وبين عدمه بثبوت الخيار في الاول دون الثاني ، وهذا هو المختار ، ولعل من قال بكفاية الاقدام أراد ذلك من جهة كشفه عن الرضاء .

ثم هنا فروع لابأس بالاشارة اليها :

«منها» أنه لو أقدم عالماً على غبن يتسامح به فبان أزيد مما اعتقده ، وهذه الزيادة وان كانت بنفسها مما يتسامح بها ، الا أن المجموع المركب من المعلوم المتسامح فيه والمجهول المتسامح فيه أيضاً مما لا يتسامح به ، ففي ثبوت الخيار

وعدمه وجهان : من أن العبرة بالمجموع من حيث المجموع لعدم اقدامه عليه وعدم كونه مما لايتسامح به ، ومن أن المناط في صدق الغبن الغير المتسامح به بالمجهول الغير المقدم عليه دون المقدم عليه كائناً ماكان ودون المركب منها ، والمفروض أن المجهول في نفسه يتسامح به .

والاقوى هو الاول .

«ومنها» أنه لو أقدم على مرتبة من مراتب الغبن الذي لايتسامح به عادة ، فبان الخلاف بحصول الزيادة عما أقدم عليه سواء كان الزائد بنفسه مما لا يتسامح به أولا .

وفيه وجوه : انتفاء الخيار مطلقاً نظراً الى اقدامه على الغبن ، وهو صادق على المعلوم. ودعوى اختلاف مراتب الغبن من حيث تحقق الاقدام في بعضها الرافع للحكم دونه في البعض الاخر ، والمفروض : أن الموجود بعد انكشاف الخلاف ليس مما أقدم عليه وليس مما يتسامح به .

مدفوعة: بأنه لااعتبار بمثل هذه الدقائق بعد شمول الاجماع الدال على خروج العالم بالغبن المخرج عن تحت أدلة الضرر ، أو ثبوته مطلقاً نظراً الى عدم اعتبار هذا النحو من الاقدام بعد تبين الخلاف وعدم مطابقة الواقع لما أقدم عليه .أو التفصيل بين كون الزائد المنكشف الغير المقدم عليه في نفسه مما لايتسامح به وبين كونه مما يتسامح به بثبوت الخيار في الاول دون الثاني ، وجوه ، أوجهها أوسطها .

«ومنها» أن العبرة في الغبن ثبوتاً وارتفاعاً على حال العقد ومكانه ، أو العبرة فيها على ماعدا الوقت والمكان ، أما الثاني : فستأتي الاشارة اليه ، أما الاول : فله صور ، لان الاختلاف بالزيادة عن القيمة الموجبة لارتفاع الغبن وعدمها ، وكذا الاختلاف بالنقصان عنها الموجبة لحدوث خيار الغبن وعدمه ، اما أن يكون ثابتاً

بين زمان العقد وزمان القبض ، أويكون ثابتاً بين زمان العقد وبين زمان العلم والاطلاع ، أوبين زمان القبض وبين زمان العلم ، والقبض أيضاً قد يكون شرطاً للصحة وقد لايكون . وبملاحظة تكثرالاقسام فلابد من الاشارة الى بعضها :

أحدها : ما اذا حصل الغبن بالنقصان حين العقد ، ثم زادت بما يخرج منه الغبن ـ قبل القبض الغير المملك ـ ، فاحتمل العلامة الانصاري «قده» ثبوت الخيار فيه ، لان الزيادة المتعقبة للعقد غير رافعة للغبن الثابت من حينه ، لان الزيادة انما حصلت في ملك المغبون ، والمعاملة وقعت على الغبن .

وقد يقال بعدم الخيار ، واحتمله «قده» أيضاً وذكر له في الكتاب وجهين : أحدهما : أن التدارك قد حصل قبل الرد ، فلايثبت الرد المشروع لتدارك الضرر وثانيهما: مقايسته بالعيب ، حيث حكموا بسقوط الخيارفيه اذا زال العيب قبل الرد .

وفيهما نظر ، أما الاول : فلان تدارك الضرر غير رافع للغبن الواقع حال العقد ، لانه لم يوجب خروجها عن كونها غبنية .

وأما الثاني : فلانه قياس مع الفارق ، اذ الحكم بسقوط الخيارفي المعيب انما هو لعدم جريان قوله : (المعيوب مردود بعد زوال العيب قبل الرد) ، اذ مفاده رد المعيوب حال العيب خاصة ، فاذا فرضنا خلوه عنه عند التسليم ـ وان كان ثابتاً حين العقد ـ فيخرج عن تحت الخبر المزبور . وأما ما نحن فيه ، فلم يرد فيه نحو هذاالخبر مما أنيط فيه رد المغبون بحال الغبن وغيره .

نعم، يمكن الاستدلال له: بأن الحكمة في تشريع الخيار هوعدم ورود الضرر والاضرار على كل من المتبايعين ، ومن المبين أن تحقق الضرر انما يكون وقت التسليم وأما حين العقد فلم يتوجه ضرر عليهما وان اشتملت المعاملة عليه . وحينئذ فيمكن أن يقال: أن زوال الضرر حين التسليم يكشف عن خروج موضوع هذا النحو من المعاملة عن موضوع ذلك الحكم الخياري .

وانك اذا تأملت يتضح لك الفرق بين ما ذكرنا وبين الوجه الاول من الوجهين المذكورين ، لانتفاء الخيار ـ فتأمل .

ثم أنه كيف يجتمع الاشكال المستفاد من كلام شيخنا العلامة الانصاري «قده» في ثبوت الخيار في هذا الفرع مع دعوى الاجماع فيما يأتي على عدم كون العبرة بالزيادة والنقصان الواقعين بعد العقد ، اذ لازم تلك الدعوى كون العبرة في الغبن ـ حدوثاً وارتفاعاً ـ بحال العقد ، فلا وجه معه لتجويز الخلاف ، واحتمال كون العبرة بحال التسليم .

ودعوى الفرق بينهما بتغاير موضوعي محل الوفاق ومحل الاشكال ، اذ موضوع الاول ما اذا طرأ الغبن بعد العقد بعد أن لم يكن ذلك من حينه وفي الثاني ما اذا ارتفع الغبن حين التسليم بعد أن ثبت حين العقد .

مدفوعة: بأن اختلاف الموضوع بعد تسليمه غير مجد ، لوضوح أن الاجماع على أن الاعتبار بحدوث الغبن حال العقد ليس تعبدياً حتى يكون هو الفارق ، بل هو مستند الى القاعدة ، ومن البيّن أنها اذا اقتضت اعتبار حال العقد في حدوث الغبن فلا جرم يقتضي اعتبار ارتفاعه أيضاً بحال العقد اللهم الا أن يكون الاجماع تعبدياً ، ودونه خرط القتاد .

هذا كله فيما اذا كان القبض غير مملك ، واما اذا كان مملكاً كما في الصرف والسلم: فقد ابتنى القول بثبوت الخيار فيه وعدمه على وجوب التقابض وعدمه . فان قلنا بالعدم فلا يثبت الخيار اذ ما اشتمل على الغبن لم يخرج ـ بمجرد العقد ـ عن ملك الغابن فهو يبقى بحاله الى أن ارتفعت القيمة السوقية وزال الغبن قبل التسليم والتقابض ، فتكون الزيادة الرافعة للغبن حاصلة في ملك الغابن . وان قلنا بوجوب التقابض كما يستفاد من العلامة الانصاري «قده» فقد يقال بثبوت الخيار لثبوت الضرر لوجوب اقباض الزائد في مقابلة الناقص .

والكلام في المقام تارة في المبنى وأخرى في البناء ، أما الاول فالمشهور عدم وجوب التقابض ، ونسب القول الى العلامة في «التذكرة» وخصص في الكتاب النسبة اليه ، لكن الظاهر عدم الاختصاص به بتصريح الشيخ والحلبي والشهيد «قده» في محكي «الدروس» بذلك .

ولعل نظره «قده» الى امكان تأويل كلمات ما عدا العلامة «قده» مما يطابق المشهور بارادة الوجوب الشرعي ولو بمعونة المقام على ما تنافي الاشارة اليه في الجواب عن الاخبار بخلاف كلام العلامة «قده» فانه صريح في الوجوب النفسي التعبدي الموجب ثم تركه .

ويستفادمن«الجواهر»الميل اليهحيث أنه بعدأن احتمل امكان ارادة الوجوب النفسي مع الشرطي للنصوص والاية كما ذهب اليه الشيخ والحلبي والشهيد ، وأشار الى رد النقوض خاصة ، قال : عدم تعرض الاكثر للخبر ، ثم هنا يؤمي الى ارادة الشرطي خاصة من دون ضم الشرعي معه . وهو الاقوى ، وان كان الاول أحوط .

وأما شيخنا العلامة الانصاري «قده» فهو متوقف في المقام وفي غيره حيث أنه كثيراً ما يشير الى المبنى المذكور على سبيل التردد والتأمل ، وكيف كان فالمبنى هو الدليل فلا ينبغي الاستيحاش عن الانفراد اذا ساعد عليه الدليل .

فاستدل ، أو يمكن أن يستدل له بوجوه :

(الاول) قوله تعالى : (أوفوا بالعقود) اذمعنى الوفاء بالعقد هو ترتيب أثر العقد ، وهو انما يتحقق بتسليم كل من العوضين الى الاخر سواء كان القبض مملكاً أو غير مملك ، فيجب ذلك بمقتضى الامر ، غاية الامر أن حكمه وجوب التسليم فيما لم يكن القبض شرطاً في الصحة هو الارشاد الى تسليم مال الغير وفي ما كان شرطاً شيء آخر ،لان الوجوب حينئذ تعبدي صرف ولامانع من تعدد

أغراض الامر في أمره بشيئين أو أشياء ولايوجب ذلك استعمال اللفظ في أكثر من معنى واحد ، بل المستعمل فيه الامر هو الوجوب والغرض الداعي اليه في مورد هو الاشارة وفي آخر شيء آخر ، كما لايوجب ذلك في مثل قوله: (أكرم العشرة) اذاكان غرض الامر من اكرام بعض، جهة العلم ومن الاخر جهة الصداقة، وهكذا .

ودعوى ـ اختصاص الوفاء بالمعنى المزبور بما اذا حصل العقد تام الاجزاء والشرائط ، فلايشمل المقام ـ فاسدة بأنه تقييد في مقابل اطلاق الوفاء من غير قرينة موجبة له ،والقول ـ بأن الوفاء بالعقد انما يجب اذاكمل العقد لاما اذانقص فلايشمل المبحوث ـ واضح السقوط .لان كمال العقدانما هو بالايجاب والقبول وهو حاصل في المقام . فدلالة الاية الشريفة على وجوب تسليم المبيع في مثل الصرف و السلم لاخفاء فيه .

(الثاني) الاخبار المستفيضة الدالة علىوجوب القبض والاقباض في الاثمان

(الثالث) مايستفاد من كلام العلامة « قده » في « التذكرة » من أنه :لولم يحصل التقابض ،بل حصل من أحدهمادون الاخر وأجل له أجلا للزم الوقوع في الربا لان الاجل قسطاً من الثمن ،فكل من الثمن والمثمن ـ وان كان متساوياً في المقدار والقيمة مع الاخر ـ الأأنه يزيد أحدهما على الاخر بملاحظة الاجل فيجب التقابض في المجلس حذراًعن الوقوع في الربا ،وفي الاخرين نظر .

أماالاول منهما :فلماعرفت في كلمات القائلين به ـ عدا العلامة « قده » ـ من امكان حمل الوجوب في نحو المقام ولوبمعونة القرينة على الوجوب الشرطي دون الشرعي .

وأماالثاني :فلان عدم التقابض أعم مما يحصل معه الربا، كمااذا قبض أحد العوضين في المجلس وقبض الاخر بعده وعدمه :بأن لم يحصل التقابض أصلا

أولم يحصل قبض الاخر أصلا . ومن المعلوم أن العام لادلالة لهعلى الخاص ، وحينئذ فلا يلزم من عدم التقابض حصول الرباجزماً حتى يجب التقابضلاجل التخلص منه. مضافاً الى أنه بعد تسليم ذلك انمايتم اذا اشترط التأجيل في أحد الطرفين . وأما اذالم يشترطذلك واتفق التأخير من باب الاتفاق أواشترط التأجيل فيهما معاً ،فلايلزم المحذور المذكور .

وأما الاية: فقد عرفتأنه لااعتبار في دلالتها ،لكنها ترد عليها مناقشات لابد من دفعها حتى تنهض دليلا .

منها :أن المعنى المزبور مستلزم لاستعمال الامر في الوجوب الشرعي والارشاديمعاً ،وهو باطل. أماالملازمة فواضح ،لان وجوب التسليم فيما لميكن القبض جزءاً مملكاً ارشادي صرف ،وفيما كانجزءاً شرعياً محضاً .

ومنها : أنه لااشكال فيأن القبض اذاكان شرطاً كان علـّة، واذا لميكن شرطاً كانمعلولا، والمفروض كونه بقسميه مصداقاً للوفاء المأموربه فيلزم استعمال اللفظ المزبور ـ فيالاية ـ في المعنيين المزبورين، وهو غير جائز في المقام وان قلنا بجوازاستعمال اللفظ في المعنيين .

ومنها :أنه لااشكال فيأن اطلاق دليل الوفاء تقيد بأدلة الشروط التي منها اشتراط القبض ، فلايصح التمسك باطلاقها لاثبات الوجوب النفسي .

ومنها :أنه تقرّر فيمحله: امتناع الاجتماع بين التحريم الذاتي وبين الفساد اذمرجع الفساد الى الحرمة التشريعية ويمتنع اجتماع الذاتي والتشريعي ،ومن البيّن أن مقتضى شرطية القبض فساد المعاملة الفاقدة لهوالحكم بسببيتها محرم تشريعاً ، ومقتضى الالتزام بالوجوب النفسي في المقام حرمة المعاملة الخالية عنه ذاتاً .

وفي الكل نظر ،أماالاول : فلما عرفت من تقريب الاستدلال : أن المستعمل فيه ليس الامطلق الوجوب، غاية الامر اختلاف اغراض الامر وداعيه في الحكم

بوجوب التسليم. ففي مالم يكن مملكاً فالغرض من وجوب تسليمه ليس الاالارشاد بتسليم مال الغير اليه ،وفي ماكان شرطاً للصحة ومملكاً فله حكمة أخرى غيبيّة كما في أغلب الاحكام الشرعية التعبدية، ولايوجب ذلك استعمال اللفظ في أكثر من معنى كالمثال .

وأما في الثاني : فلانه لم يلزم اجتماع العلة والمعلول في مورد واحد بل في موردين مختلفين واللفظ لم يستعمل في شيء منها غاية الامر أنـه ينطبق مع العلية في بعض الموارد ومع المعلولية في آخر .

وأما في الثالث: فلان أدلة التقييد بالشروط انما يمنع عن التمسك بالاطلاق اذا كانت الشروط منوعة للمطلق الى قسمين مختلفين كمافي أدلة الكيل والوزن بالنسبة الى وجوب الوفاء حيث أنها تنوع الوفاء الى المقرون بها والمفارق عنها فتقيده بالوزن والكيل .

وأما اذا كان الشرط موافقاً للمطلق ـ كما فـي المقام ـ حيث أن مفاد الشرط هو الوفاء والتسليم الذي هو عين مفاد المشروط ، فلا يمنع ذلك عن التمسك به بل يؤكده صرفاً .

وأما في الرابع : فقد قيل بعدم استحالة ذلك وأنه لامانع من اجتماع الحرمة الذاتية والتشريعية بل وقع ذلك في الشريعة كما في الربا ، بفساد المعاملة الربوية مع أنها محرمـة ذاتاً ، الا أن في النفس شيئاً يحتاج الى تأمل . هذا تمام الكلام في المبنى .

وأما البناء : فالظاهر بـل المقطوع عـدم ثبوت الخيار فيه وان قلنا بوجوب التقابض من حين العقد بعد فرض أن القبض جزء مملك ،وأن المبيع حين دخوله تحت يد المشتري مساوقيمته مع الثمن ، والتعليل له بأن :(الزام المشتري باقباض الزائد في مقابلة الناقص ضرر فيوجب الخيار) لعله من سهو القلم ، لان في مجرد

الامربه لايتوجه ضررعلى المشتري بعد فرض تماميته عند التسليم ، فلا يتصورهنا زائد وناقص ، اذ الضرر المتوجه من أمر الشارع انما هو باعتبار المأمور به ، فاذا لم يكن في المأمور به ضرر بحكم الفرض،فليس في الامر ضرر حتى يوجب الخيار .

«ومنها» لو اختلف الغابن والمغبون في دعوى العلم والجهل ، فادعى الاول علم الثاني بالغابن حين المعاملة وأنكره الاخر ، فهل يحكم بتقديم قول الاول ، أو الثاني ؟ .

اعلم أنه قد يقال : أن دعوى علم المغبون بالغبن لاتسمع لما هو المقرر في باب القضاء من عدم سماع دعوى العلم الا اذا تعلقت الدعوى بفعل الغير ،كما اذا ادعى علم الوارث بدين مورثه أو علم الموكل على وقوع العقد من الوكيل وأما اذا تعلقت بفعل النفس ، فدعوى العلم بفعل نفسه غيرمسموعة لان العلم حجة بالنسبة الى العالم خاصة دون غيره فلا يجري فيه ميزان القضاء من : مطالبة البينة من المدعي واليمين ممن أنكر .

لكن ماذكروه حسن فيما اذاكان العلم طريقاً الى الواقع ،وأما اذاكان له جهة موضوعية ـ كما في المقام ـ لاعتبار الجهل في حقيقة الغبن ـ كما عرفت ـ فتسمع دعوى العلم ، لان للجهل والعلم أثراًشرعياً ، اذ أثر العلم : اللزوم وأثر الجهل: الخيار ، بخلاف صورة الكشف والطريقية فالاثر انما هو للواقع وهو لايجري الا بالاقرار أو البينة وهمامنتفيان بالفرض .

وحيث عرفت ذلك فنقول : فلو تداعيا بالعلم والجهل ، بأن ادعى الغابن العلم بالقيمة ، فلا غبن ولا خيار ، وأنكر الاخرـ المغبون ـ وقال: بل أنا جاهل بها، فيحصل الغبن والخيار، فهنا مقامان :

أحدهما : هل دعوى العلم في المقام مسموعة كدعوى العلم المتعلق بفعل غير

المدعى عليه أم لا ،كدعوى العلم المتعلق بفعل غيرالمدعى عليه ؟ والاول: كمن ادعى شخص ببيع وكيله في مال له ، أو ادعى علمه باشتغال مورثه ، فان أقام البينة على بيع الوكيل أوعلى اشتغال المورث فلا كلام ولااشكال في ثبوته ،فيتعلق الحق في المثال الثاني بعد اليمين الاستظهاري على التركة .

وان لم يكن في البين بينة في ذلك ، فطريق الدعوى منحصر في دعوى العلم ، فدعوى بيع وكيله ماله أو اشتغال مورثه لافائدة لها ، اذ للوارث أن يقول: اني لا أدري ولاأرفع اليد عن التركة بمجرد الدعوى ، ولم يتوجه على الوارث اليمين حينئذ أيضاً . لانه كيف يحلف على نفي فعل الغير فتسقط حينئذ الدعوى وكذلك في صورة التوكيل ، فلابد من سماع الدعوى حينئذ في دعوى العلم فتصير للعلم مدخلية في قبول دعوى المدعى في أمثال المقام ،كما لو ادعى على الوارث : أنك عالم باشتغال مورثك ، فان كان منكراً فتتوجه عليه اليمين بأن يحلف على عدم علمه ، وان أقر بالعلم فيتعلق حقه على التركة ، بخلاف ما لو رد المنكر اليمين المتوجهة عليه على المدعي ، فانه لابد أن يحلف على ثبوت الاشتغال لاعلى علم المنكر الوارث باشتغال مورثه كما هو نفس المدعى به ، اذ في طرف المدعى عليه كانت للعلم مدخلية وموضوعية في قبول الدعوى وسماعها بحيث لولم تكن الدعوى على العلم لكانت الدعوى معطلة ، بخلاف طرف المدعي ، فهو في الحلف المردود لابد أن يحلف بنفس الاشتغال لابعلم الوارث، لانه مما لايعرف الا من قبل نفسه .

وأما لوكانت الدعوى على فعل المدعى عليه ، كاشتغاله وبيعه فلا ثمرة لدعوى علمه به حينئذ لعدم كونه ميزاناً للقضاء ولعدم انحصار طريق للدعوى به ، فعلى المنكر المدعى عليه حينئذ الحلف على عدم الاشتغال والا رد اليمين على المدعي فيحلف على الاشتغال .

فلا ثمرة لدعوى العلم حينئذ ولم يثبت الاشتغال حقيقة عند القاضي بعلمه ، نعم علمه حجةعلى نفسه . بخلاف الصورة الاولى حيث أنه لو لم تسمع دعوى العلم لكانت الدعوى معطلة ، فلابد من دعوى العلم .

وبهذا تلتئم كلماتهم ، تارة يستفاد من بعض كلماتهم أن دعوى العلم ممنوعة ومن بعض آخر أن دعوى العلم ليست ممنوعة ، وجامعه ما ذكرنا : ان كان متعلق العلم فعل غير المدعى عليه فيسمع ، وان كان متعلقه نفس فعل المدعى عليه فلا يسمع .

هذا كله في العلم الطريقي بأن لم يكن للعلم خصوصية ومدخلية في أصل الحكم .

وأما ان كان لعلم المدعى عليه ـ في فعله ـ خصوصية وموضوعية لحكم آخر فيسمع قول مدعي العلم لترتب الثمرة عليه حينئذ ، بل حقيقة الدعوى والثمرة في ثبوت العلم وعدمه مع قطع النظر عن الواقع لانعزال الواقع عن الاثر كما في المقام ، فان للعلم بالقيمة مدخلية في عدم الخيار والغبن حيث أنه يشترط في الغبن الجهل بنقص القيمة وعدم العلم به ، لا أن النقص في القيمة واقعاً يوجب الغبن . ولو علمه حين البيع ، بل الموجب هو النقص مع الجهل فالعلم موضوع لعدم ثبوت الخيار والغبن وبعد ماكانت له تلك الخصوصية والثمرة فلو ادعى العلم على نقص القيمة ـ لكون العلم في المقام موضوعياً ـ يسمع ، بأن يعمل حينئذ بقواعد المدعي والمنكر .

وثانيهما : في تشخيص المدعي والمنكر ، وتختلف في ذلك عباراتهم ، حيث أن لازم بعضها : أن مدعي العلم منكر ومدعي الجهل مدع . ومن بعض : يستفاد العكس . ونظير ذلك أي دعوى العلم والجهل كدعوى اليسار والاعسار ، حيث يشتبه المدعي بالمنكر .

والوجه في ذلك ان قلنا بأنهما متناقضان ، فالجهل عبارة عن عدم العلم ، والاعسار عبارة عن عدم اليسر ، فمدعي الامر الوجودي يكون مدعياً والاخرمنكراً متضادان يصير من التداعي .

والمشهور قبول قول المغبون مع البينة لو تحققت والامع يمينه كما في كل أمر لايعلم الامن قبل نفسه كادعاء المرأة الطهر والقرء وخروج العدة وغيرذلك ، وهل ذلك من جهة جعل المغبون مدعياً فيسمع قوله في أمثال المقام ؟ أومن جهة كونه منكراً فيقبل قوله مع يمينه مالم يثبت المدعي؟ وجهان، وفي كليهماشواهد من الكلام .

ويدل على الاول قولهم: بأن قول المغبون يثبت بالبينة أولاوقولهم: قديتعسر عليه اقامة البينة فيقبل مع يمينه ثانياً . فلولم يكن مدعياً لماكان وجه لقبول قوله: مع البينة ، ولاوجه أيضاً لتعليلهم بعسر اقامة البينة عليه . وقولهم : لايمكن للغابن الحلف على علمه لجهله بالحال ثالثاً . فانه يدل على أن الحلف يتوجه على الغابن أولا لكونه منكراً الا أنه لما لم يكن عليه الحلف لجهله ، فيصير حلف المغبون حلفاً مردوداً .

وكيف كان يقبل قول المغبون لكونه مدعياً بما لايعرف الامن قبله ، وأما حلفه : اما من جهة رد الغابن عليه أو من جهة أن فصل الخصومة لايحصل الا بعد تمامية موازين القضاء ، وهو ليس الا البينات والايمان ، كقوله ﷺ : (انما أحكم بينكم بالبينات والايمان) فحيث لابينة في البين فلابد من الحكم وحصول ميزانه من الحلف ويمين المغبون ، حيث يحكم يؤخذ قوله .

ويدل على الثاني أيضاً وجوه :

منها : قولهم بقبول قول المغبون لاصالة عدم العلم ، ومن المعلوم أن ميزان المنكر ما كان قوله موافقاً للاصل .

ومنها : قبول قوله مع يمينه حيث لابينة ، وهذا شأن المنكر ، وأما تعليلهم بعسر اقامة البينة . لعل المراد منها البينة التبرعية .

وأما قولهم لايمكن للغابن الحلف لجهله بالحال، فهو يدل على كون المغبون أيضاً منكراً لاأن المراد من الحلف هو الحلف المردود، فحيث لايمكن من الغابن فلذلك لايرد الحلف من المغبون عليه بل المنكر يحلف ويقبل قوله بحلفه . وأمر شيخنا العلامة الانصاري بالتأمل هنا، ولعل وجهه منع ذلك لانه انما يتم في صورة عدم ادعاء الغابن للعلم بعلمه لامطلقاً .

فلو ادعى الغابن معلومية علم المغبون والعلم بعدم جهله لكان الحلف ممكناً له حينئذ فيرد الحلف عليه لورد المغبون .

ويمكن أيضاً أن يكون وجه التأمل أن مجرد عدم سهولة اقامة البينة وعسره لايقتضي تقدم قول المدعي ، بل يصير حينئذ من الموارد التي كانت الدعوى فيها موقوفة ، واستلزام التعطيل في خصوص أمثال المورد لابعد فيه ، كما وقفت في موارد ، منها الدعوى على الصغير أو على المجنون أو على الميت مع عسر اقامة البينة فيها ، وغير ذلك .

ويمكن أن يكون الامر بالتأمل الاشارة الى أن جعل المغبون مدعياً لايلائم مع قوله لاصالة عدم العلم ، فان موافقة الاصل تقتضي كونه منكراً .

هذا كله في غير أهل الخبرة ، وأما اذا كان المغبون من أهل الخبرة فلا يقبل قوله ، لكونه حينئذ مدعياً لمخالفة قوله للظاهر ، وان كان قوله موافقاً للاصل الا أن الظاهر لما كان أقوى من الاصل ، لذا قال في «جامع المقاصد» : وكذلك لايقبل قوله .

واستشكل عليه شيخنا العلامة الانصاري: أن غاية الامر كون المغبون ـ لكون قوله مخالفاً للظاهر ـ مدعياً ، فيندرج حينئذ تحت القاعدة ، أعني قبول قول

المدعي بيمينه اذا تعسرت عليه اقامة البينة .

ثم أجاب عن هذا الاشكال : أن معنى تقديم الظاهر هو قبول قول مدعيه مع اليمين لاجعل قوله من ادعى مخالفة الظاهر مدعياً، حتى تجري عليه أحكام المدعي، ولذا لايجري جميع أحكام المدعي على مدعي الفساد ، فلا يقبل قوله مع يمينه اذا تعذر عليه اقامة البينة .

وفيه : أن الظاهر بمنزلة الاصل التعبدي في كون من يوافق قوله مع الظاهر منكراً ، واجراء الظاهر انما هو من جهة تشخيص المنكر كما ان سائر الموازين من قولهم : أن المدعي من ترك ، ترك . وان قوله مخالف الاصل ، والمنكر خلافه انما هي من جهة تشخيص المدعي من المنكر . فحيث ثبتت موافقة قول الغابن للظاهر يكون منكراً كسائر أفراد المنكرين ويكون مخالفه مدعياً ، فتقديم الظاهر انما هو من جهة تشخيص ميزان المنكر. وأما ترتب أحكام المدعي فلادخل لتقديم الاصل أو الظاهر ، ضرورة أن ترتب أحكام المدعي أو المنكر انما يثبت بدليل خارجي لامن جهة الاصل أو الظاهر .

نعم، لقائل أن يمنع عموم تلك القاعدة، لعدم الدليل عليها على سبيل العموم، وكذلك لقائل أن يتأمل في اندراج المسألة في تحت تلك القاعدة لامكان دعوى أن الغالب امكان الاطلاع على العلم وعدمه هنا ، فليست اقامة البينة في المسألة متعسرة حينئذ .

«ومنها» لو اختلفا في القيمة وقت العقد بعد اتفاقهما على المسمى، يدعي البائع أن قيمة المبيع حين اجراء العقد على المسمى زائد عنه ، وينكره الاخر، فيكون البائع حينئذ مغبوناً . أو يدعي الاخر أن قيمة المبيع ناقص عنه فيصير حينئذ المغبون هو المشتري والبائع يصير منكراً فالمرجع حينئذ أصالة اللزوم، لان الشك في الزيادة والنقيصة يصير الاصلان بالنسبة اليهما متعارضين، اذ كما يقال:

أن الاصل عدم زيادة المسمى عن القيمة ، كذلك الاصل عدم نقصانه عنها ، فيصير المقدم قول منكر سبب الغبن ، لاصالة اللزوم ، وقد تمسك هنا شيخنا العلامة الانصاري «قده» بأصالة عدم التغير .

فيه : ما لايخفى ، اذ مع أنها مثبتة قدتكون مثبتة للخيار أيضاً ، فتكون على خلاف مطلوبه ادل . وأيضاً قد لاتكون القيمة معلومة في السابق .

والحاصل: ان لم تكن الحالة السابقة معلومة فلامجرى لاصالة عدم التغير، وان علم قيمته السابقة على العقد فحينئذ قد تكون تلك القيمة السابقة مساوية للمسمى فتجرى حينئذ أصالة عدم التغير . وأما اذا فرضنا تلك القيمة ناقصة أو زائدة فلا تنفع أصالة عدم التغير للحكم باللزوم . ولعله صدر من سهو القلم ، فالاولى الاقتصار على التمسك بأصالة اللزوم بمعنى الاستصحاب ـ أي استصحاب الملكية ـ لابمعنى العمومات ـ أي أصالة اللزوم ـ التي كان المدرك فيها العمومات ومستفاد عنها ، لكون الشبهة مصداقية .

وأما قول شيخنا العلامة الانصاري «قده» : (أو في القيمة بعده) حيث عطف الاختلاف ـ في القيمة بعد العقد ـ على الاختلاف في القيمة وقت العقد . لعله أيضاً من سهو صدر من قلم الناسخ ، اذ الاختلاف بعد العقد لايثمر في شيء ولايكون محل الكلام والاشتباه حتى يذكر حكمه، ضرورة أن العقد حينئذ ليس غبنياً حين صدوره ، فيحكم باللزوم قطعاً . ولااشكال فيه .

«ومنها» لو اختلفا في تاريخ العقد بعد اتفاقهما على التغير ، فان كان تاريخ العقد وتاريخ التغير مجهولا، فأصالة التأخر في كل منهما معارض بالاخر ،فيرجع الى أصالة اللزوم . وأما ان علم تاريخ العقد دون التغير فمقتضى أصالة تأخر التغير الحكم بلزوم العقد ، لانه مشمول لادلة اللزوم حينئذ .

وأما ان علم تاريخ التغير دون العقد فمقتضى أصالة تأخر العقد وقوع العقد على المسمى الذي هو مغاير للقيمة ومختلف معها ، فقد يكون زائداً عن القيمة ، وقد يكون ناقصاً عنها ، الا أنه مع ذلك لايثبت به وقوع العقد على الزائد عن القيمة أو الناقص عنها حتى يثبت الغبن لاحدهما ، لانه ـ أي أصل التأخر ـ مثبت حينئذ .

وبما ذكرنا من البيان يتبين لك ما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» في تقييد العقد بقوله (الواقع على الزائد من القيمة) ، الا أن يكون ذلك من باب المثال ـ ولكن سياق العبارة والكلام يأباه .

الشرط الثاني : كون التفاوت فاحشاً لايتسامح أغلب الناس به

لااشكال في شرطية ذلك كما نسب الى أصحابنا في «التذكرة» ، كما لااشكال في كون التفاوت القليل المتسامح به عند الناس مما لايوجب الغبن ولايترتب عليه أثر الخيار . وانما الاشكال في تميز مصاديق ما لايتسامح عما يتسامح ، فان لهما أفراداً واضحة تندرج في واحد منهما ، وأفراداً خفية يشكل الحكم بدخولهما فيها .

فالواحد بالنسبة الى العشرين ليس بغبن ، فيتسامح به الناس ، فلا يوجب الخيار التفاوت بهذا المقدار بل أزيد منه قليلا يبلغ الاثنين ، كما أن الواحد بالنسبة الى الاثنين أو الثلاث والاربع مما لايتسامح به .

فبعضهم عبّر عن العدد بالكسور ، فقال العشر ونصف العشر ليس بغبن ، والنصف والثلث بل الخمس غبن . فيقع الاشكال في السدس والسبع ، هل هو من مصاديق المتسامح أو غير المتسامح ؟ وحيث ليس في البين ميزان يرجع اليه في تميز ذلك ، فيرجع الى ثبوت الخيار وعدمه الى الاصول ، فنقول :

مقتضى الاصل العملي هو أصالة اللزوم الناشيء من استصحاب الملكية ، فلا يثبت الخيار عند الشك في ذلك كما هو الاصل المقرر ـ الذي يرجع اليه عند الشك ـ في جواز العقد ولزومه .

وأما الاصل اللفظي: فقد يقال:أن مقتضاه هو ثبوت الخيار ، لان هذا التفاوت ضرر لم يعلم تسامح الناس فيه، فيندرج هذا العقد تحت دليل المخصص للعمومات ـ أعني نفي الضرر ـ اذ العمومات انما دلت على لزوم العقد كآية (أوفوا ...) وغيرها ، فخرج منه ـ بدليل نفي الضرر ـ العقد الذي يكون فيه الضرر والتفاوت، فكل غبن كان فيه التفاوت،يحصل فيه الخيار الا ما كان يتسامح فيه الناس،وحيث لم يعلم تسامح الناس فيه يشمله دليل المخصص ، فلا يندرج في ما استثنى من ذلك ، أعني ما يتسامح لعدم العلم بدخول هذا العقد الكذائي تحت المستثنى .

فقد يقال : أن مقتضاه اللزوم ، لان العمومات دلت على لزوم كل عقد للبيع والخارج هو العقد الذي علم فيه التفاوت الموجب للضرر وهذا العقد الذي يقع الشك في كون التفاوت فيه ممايتسامح حتى يكون ضرراً ، أو مما لايتسامح حتى لايكون ضرراً لم يعلم دخوله تحت المخصص ـ أعني دليل نفي الضرر ـ فيكون المحكم حينئذ العمومات الدالة على اللزوم عند الشك في خروج القليل والكثير.

فانا نعلم: أن أفرادما لايتسامح خارجة عنها ، وأما مايتسامح فلا نعلم بخروجه والعموم يشمله، كما هو القاعدة عند الشك في خروج الافراد مالم يكن الشك في دخولها تحت عنوان المخصص .

أقول : ان الخارج من العمومات الدالة على اللزوم هو عنوان ما لايتسامح فيه بالنص ـ أعني قاعدة نفي الضرر ـ والاجماع، فمع الشك في التسامح وعدمه وكون التفاوت ضررياً أم لا ، لايمكن التمسك بعموم دليل المخصص ـ أعني نفي الضرر وغيره ـ مما دل على أن ما لايتسامح فيه موجب للخيار .

ثم ان هنا اشكالا أشار اليه شيخنا العلامة الانصاري «قده» وحاصله أن المدار في الضرر المبني عليه الحكم في المعاملات هو الضرر النوعي وفي العبادات هو الشخصي ولذلك أوجبوا شراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته اذا لم يضر بحال الشخص ، وان أضر بحال شخص غيره فلا يجب، مع أن الشراء المذكور ضرر مالي بالنسبة الى كل أحد ، فما وجه الفرق بينهما مع اتحاد الملاك والمدرك في كليهما، فلو استفيد من (لاضرر) هو الضرر الشخصي، فينبغي الحكم في الموضعين، ولو استفيد النوعي فينبغي الحكم به كذلك .

وأجاب عنه بوجهين :

أحدهما: ارادة الضرر النوعي في الخبر مطلقاً، الا أنه خرج عن تحته الوضوء وأمثاله بالنص الدال على عدم اعتبار الضرر النوعي فيه ، وأن المدار فيه على الشخصي .

وثانيهما : منع تحقق الضرر في الوضوء وغيره من العبادات بملاحظة ما يعود الى الباذل من الاجر الكثير والمثوبات الاخروية أضعاف ما يعوضه . نعم لو كان الضرر مجحفاً ، انتفى بأدلة نفي الحرج لا بدليل نفي الضرر . ولا يخفى ما في الاخير حيث أن الاجر الاخروى ليس مما يبذل بأزائه المال حتى يكون ثبوته رافعاً للضرر المالي المتحقق قطعاً بنقص المال .

وتوضيح الحال في المقال بعد ملاحظة الاشكال والجواب المتقدم : أن هنا اشكالات ثلاثة :

أحدها : ما استفيد من كلامه «قده» من الفرق بين دليل نفي الضرر ودليل نفي الحرج ، بحمل الاول على النوعي والثاني على الشخصي ، فلابد من بيان وجه الفرق بينهما، والذي يمكن أن يقال: أن مقتضى القاعدة حمل الضرر والحرج كليهما على الشخصي ان تعلق الحكم ثبوتاً وارتفاعاً على عنوان يقتضي تحقق

ذلك العنوان فعلا حتى يترتب عليه ذلك الحكم .

ومن المعلوم أن الضرر والحرج النوعيان لايرفع الحكم عن شخص المقام الذي ليس فيه ضرر وحرج الا أنه خرج دليل نفي الضرر عن تحت تلك القاعدة في المعاملات بالاجماع ، فاعتبار الحرج الشخصي على طبق القاعدة وملاحظة الضرر النوعي ، انما هو على خلاف القاعدة لقيام الاجماع عليه .

ثانيها : اشكال التفكيك بين المعاملات وبين العبادات بحمل الخبر المذكور على نفي الضرر النوعي في الاولى والشخصي في العبادات كما لو استلزمت سرقة مال أو اتلافه ، ومقدماتها كشراء ماء الوضوء بأضعاف قيمته، فحكموا في الاولى بوجوب قطع صلاته وفي الثانية بعدم جواز شرائه اذا أضر بحاله .

والجواب عنه ـ على مذاقنا من اعتبار الضرر الشخصي في انتفاء الحكم ـ: أن اعتبار الضرر النوعي في المعاملات انما هو للاجماع القائم على خلاف القاعدة ، وحينئذ فيكون الحكم في العبادات ومقدماتها كون المدار على وصف الضرر على طبق القاعدة فلا وجه حينئذ الى التمسك بالنص بمثل عدم جواز شراء ماء الوضوء اذا أضر بحاله ، ولو ورد فهو مؤكد لما يستفاد من ظاهر الخبر .

ثالثها : أنه لاخفاء في أن الضرر قد يكون مالياً وقد يكون حالياً ، ونعني بالحالي ما يوجب انقلاب حاله الى أخرى كالانقلاب من الغنى الى الفقر، ومن عدم السؤال بالكف اليه ، وعد ذلك من انقلاب بعض الحالات الجيدة الى الرديّة .

والظاهر أن النسبة بينهما عموم من وجه، لجريان الضرر الحالي في المالي وغيره خلافاً لما يستفاد من ظاهر العلامة الانصاري «قده» من عد الضرر الحالى من أقسام الضرر المالي .

وكيف كان، فلا اشكال في أن الضرر الحالى شخصي والمالي نوعي فينقدح الاشكال في الفرق بينهما مع اتحاد مدركهما وهو «لاضرر» فان دل على اعتبار الضرر

الشخصي ففي المقامين ، وان دل على النوعي فكذلك .

ويجاب عنه أولا : بأن ملاك الحكم في الضرر الحالي ليس هو «لاضرر» حتى يتجه اشكال الفرق بل المستند هو دليل نفي الحرج الظاهر في الحرج الشخصي فالفرق بينه وبين «لاضرر» ظهر مما مرّ .

وثانياً: ان ذلك ليس لادلة نفي الضرر ولا لادلة لاحرج الشرعية لماهو المقرر من عدم استناد حكم من الاحكام الى أدلة لاحرج ، لانها مسوغة للدفع لا للرفع، بل للدليل العقلي القائم على نفي الحرج ، لاستقلال العقل بنفي ثبوت الحكم الحرجي من الشارع وان لم يبلغ مرتبة اختلال النظام ، نظير ارتفاع مرتبة من الاحتياط في مقدمات دليل الانسداد بلا حرج العقلي . فتدبر .

هذا ثم أنه ذكر في«الروضة»و«المسالك»تبعاً للمحقق الثاني«قده»أنالمغبون اما هو البائع أو المشتري أو كلاهما . فيقع الاشكال في تصوير غبن كليهما .

وقال الفاضل التوني في تعليقته على «الروضة» : أن ذلك محال لان الغبن من طرف البائع : هو ما اذا باع بأقلمن القيمة السوقية ، ومن جانبالمشتري: ما ان باع بأكثر منها ، وفرض غبن كل منهما يقتضي كون الثمن أقل من القيمة السوقية وأكثر منها وهو محال .

ولكن قد ذكروا له فروضاً وصوراً لايخلو ذكرها عن شيء :

أحدها : ما ذكره المحقق القمي «قده» في جواب من سأله عن عبارة « الروضة » : من أنها تفرض حتماً اذا باع متاعه بأربعة توامين من الفلوس على أن يعوضه عنها بثمانية دنانير معتقداً بأنها تساوي الثمن ، فبان أن المتاع يسوى خمس توامين ، فصار البائع مغبوناً بخمس الثمن وأن الدنانير تسوى أربعة توامين وثمانية قرانات، فصارالمشتري مغبوناً فيتعويضه عنالثمن المسمّى بالدنانير المذكورة لزيادتها عنه بثمانية .

وأجاب «قده» في الكتاب عنه : بأن البيع المشروط بشرط ، يلاحظ فيه حاصل ما يصل الى البائع بسبب مجموع العقد والشرط ، فالشرط أيضاً له قسط من الثمن، وحينئذ فان لوحظ الشرط المذكور في الثمن فيرتفع الغبن عن البائع لان الثمن حينئذ لاينقص عن قيمة المبيع الا بخمس توامين وهو لايوجب الغبن لعدم كونه تفاوتاً فاحشاً .

وان أبيت عن ذلك وقلت : ان الشرط معاملة مستقلة وحينئذ فيختص الغبن في المعاملة الاولى بالبائع وفي الثانية بالمشتري فيخرج عن موضوع غبن كليهما.

وفيه : ان الشرط الذي له قسط من الثمن ما اذا كان من الشروط العقلائية بحيث يتعلق به غرض عقلائي واذا لم يكن كذلك فوجوده كالعدم، ومن البيّن ان مثل الشرط المذكور لا يتعلق به غرض عقلائي . اذ أقصى ما يقال : أن غرض البائع تعلق بعين الدنانير ، فشرط أن يعوض بها ، ومن المعلوم ان هذا الغرض يحصل بجعلها ثمناً ابتداءاً من دون أن يجعل الثمن التوامين ثم يشترط تبديلها بالدنانير وحينئذ فلايوجب ذلك الشرط غبناً للمشتري كمالايرتفع به غبن عن البائع لعدم لزوم الوفاء فيكون من جانب واحد ولا يصلح جعله مثالا لغبن كليهما كما فرضه المحقق القمي « قده » فاندفع ما ذكره المحقق أيضاً .

وثانيها : ما ذكره صاحب «الجواهر» من فرض المسألة فيما اذا باع شيئين في عقد واحد بثمنين فصار البائع مغبوناً في أحدهما والمشتري في الاخر .

واحترز بقوله «بثمنين» عما اذا باع شيئين بثمن واحد ، اذ لايتصور تعدد الغبن فيه بل يختص الغبن بجانب واحد قطعاً .

وأجاب عنه في الكتاب أيضاً : بأنه ان صار التفكيك بينهما عند فرض ثبوت الغبن لاحدهما خاصة حتى يجوز له الفسخ في العين المغبون فيها خاصة فهما معاملتان مستقلتان كان البائع مغبوناً في احداهما خاصة والمشتري في الاخرى ، فلا يصير مثالا لغبن كليهما وان لم يجز التفكيك فيلاحظ حينئذ فان ساوى زيادة

احداهما نقيصة الاخرى فلا غبن أصلا لجبران احداهما بالاخرى والا فالغبن من جانب واحد .

والاولى تبديل الجواب: بأن بيع الشيئين بثمنين بصيغة واحدة هل هو بيع متعدد أو بيع واحد؟ لان جواز التفكيك في الفسخ وعدمه من لوازم تعدد المعاملة ووحدتها . فان قلنا بتعدد المعاملة: فيكون كل واحد منهما مغبوناً في معاملة خاصة وان قلنا بوحدتها : فيلاحظ الكسر والانكسار، فتخرج المعاملة عن الغبن رأساً.

والظاهر أن قوله « ان جاز التفكيك» كناية عن تعدد المعاملة بذكر اللازم وارادة الملزوم .

وأورد عليه بعض الافاضل بمنع الابتناء ، اذ على القول بعدم جواز التفكيك يمكن الحكم بالغبن لان عدم جواز التفكيك وان كان رافعاً للغبن من جهة المالية في صورة مساواة الزيادة للنقيصة أو موجباً لانحصار الغبن في أحد الطرفين مع عدمها ، لكنه لا يوجب رفعه بالنظر الى خصوص ما قصداه في المعاملة من وجه التعيين الذي يحتمل أن يكون ذلك العقد لمصلحة منهما في جريان المعاملة على الوجه الذي أوقعاه .

وفيه : أن تخلف الاغراض لايوجب الغبن ، اذ العبرة فيه بنقص المالية ، واذا فرض انتفاء التفاوت من جهة المالية فمجرد تخلف الغرض لايوجب الغبن ، كما لايخفى فما ذكره تام لاغبار عليه .

وأما المبنى ، وهو تعدد المعاملة ووحدتها :

ففيه وجهان مبنيان على أن العبرة في الوحدة والتعدد بوحدة الايجاب والقبول وتعددهما أو بوحدة البيع وتعدده ، فان قلنا بالاول ـ كما هو الظاهر ، ونص عليه بعض الافاضل ممن قارب عصرنا ـ فالمعاملة واحدة لغرض وحدة الايجاب والقبول. وان قلنا بالثاني فمتعددة لغرض تعدد المبيع والثمن .

وثالثها : ارادة الغبن بالمعنى الاعم الشامل، فخروج العين المشاهدة مبايناً على

خلاف ماشاهده أو خروج ما أخبر البائع بوزنه وكيله على خلاف ما أخبره، وعلى هذا يمكن تحقق الغبن من كليهما ، بأن شاهد كل منهما الثمن والمثمن فتبايعا على المشاهدة السابقة ثم تبين خلاف ماشاهداهما .

واستحسنه العلامة الانصاري «قده» ، ولا أرى له حسناً ، بل هو اجتهاد في مقابلة النص ، لان ذكر الشهيد والمحقق هذا الفرض في الغبن الموجب للخيار ظاهر بل صريح في الغبن بالمعنى الاخص لا الغبن بالمعنى الاعم .

ورابعها: ما حكي عن بعض: من أنه يحصل بفرض المتبايعين في وقت العقد في مكانين ، كما اذا حضر العسكر البلد وفرض قيمة الطعام خارج البلد ضعف قيمته في البلد ، فاشترى بعض أهل البلد من وراء السور طعاماً من العسكر بثمن متوسط بين القيمتين ، فالمشتري مغبون لزيادة الثمن على قيمة الطعام في مكانه والبائع مغبون لنقصانه عن القيمة في مكانه .

وفيه: أن العبرة في القيمة بمكان العقد اذا جرت العادة بالقيمة فيه ، والمفروض أن قيمة المبيع في مكان العقد أكثر من الثمن فيختص الغبن بالبائع ، وانما يصير قيمته اذا انتقل المبيع من مكان العقد الى محل الرخص ان كان عما يقبل النقل، بأن يكون المبيع عيناً شخصياً ، وذلك المكان لامد خلية له في الغبن حتى يحكم بغبن المشتري .

وبعبارة أخرى : أن المبيع عند العقد لايكون الا في محل واحد له قيمة واحدة .

وخامسها : ما حكي عن «مفتاح الكرامة» من فرضه فيما اذا ابتيع الثوب بفرس لظن المساوات ، ثم ادعى كل منهما نقص ما في يده عما في يد الاخر ولم يوجد المقوم ليرجع اليه فتحالفا ،فيثبت لكل منهما فيما وصل اليه . ويمكن هذا الفرض في مبيع واحد أيضاً كما فرضه على ما حكى عنه .

وأجاب عنه العلامة الانصاري «قده» بوجهين :

«أحدهما» أن لازم حلف كل منهما عدم الغبن في المعاملة أصلا ، اذ الحلف انما هو على جهة الانكار الذي يتضمنه التداعي ، فكل منهما يحلف على عدم الاخر ولازمه عدم الغبن . اللهم الا أن يراد به اليمين المردودة ، ويكون ذلك بمنزلة البينة .

«ثانيهما» أن الكلام في الغبن الواقعي لا الغبن الظاهري .

وسادسها : ماحكي عن كاشف الغطاء في «شرح القواعد» من فرض صدور البيع منهما في برية بثمن معين مع عدم جريان العادة بالقيمة فيها واختلفت القيمة في بلد البائع والمشتري بكون الثمن أقل منهما في بلد البائع أو أكثر في بلد المشتري .

وقبل التكلم في هذا الفرض ينبغى التكلم في أن المدار في القيمة على بلد العقد أو بلد المتعاقدين فنقول :

مقتضى القاعدة أن المدار في القيمة على بلد العقد اذا لم يكن هناك قرينة حالية أو مقالية يتعين بها بلد البائع أو المشتري ، لجريان العادة والسيرة المستمرة على ملاحظة قيمة بلد العقد الذي يوجب انصراف العقد اليه ، وحينئذ فالمدار في الغبن ثبوتاً وسلباً على بلد العقد ، فان جرت العادة بالتقويم في ذلك البلد ، فيؤخذ به ويلاحظ الغبن وعدمه بالنسبة اليه ، والا فلا غبن اتفق بلد البائع والمشتري أو أختلف .

نعم حكى بعض المشائخ في «أنوار الفقاهة» وجوهاً ثلاثة ـ فيما اذا لم تجر العادة بالقيمة في بلد العقد واختلف بلد البائع والمشتري ويكون المشتري مغبوناً بالنسبة الى بلده دون الاخر ـ :

«أحدها» انتفاء الغبن رأساً . اذ المدار فيه على قيمة بلد العقد ، والمفروض أن

المبيع ليس له قيمة فيه .

و«ثانيها» ترجيح بلد الغابن لاصالة اللزوم .

و«ثالثها» ترجيح بلد المغبون للضرر المنفي .

ومما ذكر يتضح أنه لامسرح للوجهين الاخيرين ، بل المتعين هو الوجه الاول كما اتضح أن الفرض المذكور لايتم لاثبات غبن كليهما ، اذ بعد ما لم يكن للعين قيمة في بلد العقد فنقصان الثمن عن قيمة أحدهما كزيادته عن قيمة الاخر لاعبرة بهما حتى يتحقق الغبن .

وبالجملة فالمدار فيما لم يدل دليل على تعيين بلد على قيمة بلد العقد فيلاحظ الثمن بالنسبة فاما أن يكون أقل أو أكثر . وعلى التقديرين يختص الغبن بأحدهما خاصة دون الاخر .

وسابعها : ما حكي عن «فاضل الديلماج» من فرض بيع ثوب بفرس فاعتقد البائع ان الثوب يسوى مأة والفرس مأة وخمسين فغبن المشتري، واعتقد المشتري أن الفرس يسوى مـأة والثوب مأة وخمسين فغبن البـائع ، ثم تبيـّن أن كليهما يساويان مأتين .

وهذا الفرض لغبن كليهما بعيد عن ساحة جلاله ، ضرورة أنه مجرد تخيل غبن لاواقعية له . ولعله من سهو قلم الناسخ .

وثامنها : ماذكره بعض مـن تعارض البيـّنتين القائمتين على غبن كل مـن البائع والمشتري .

وفيه : أن تعارض البينتين يوجب تساقطهما فلا يثبت به غبن كليهما . وليس تعارض الامارات والطرق كتعارض الاصول حتى يعمل بهما ما لم يستلزم مخالفة عملية ، بل تعارض البيـّنتين يوجب التساقط ، لعدم امكان العمل بهما لاستلزامه تصديقهما وهو غير ممكن مع العلم بكذب أحدهما .

هذا تمام الكلام في الوجوه المتصورة للغبن لكليهما. والله تعالى هو العالم.

«مسألة»

في أن ظهور الغبن سبب شرعي لثبوت الخيار أو كاشف ...

ظهور الغبن سبب شرعي لثبوت الخيار أو كاشف عقلي .

وبعبارة أخرى : العلم بالغبن طريق صرف أو موضوع للحكم ؟ وجهان ، بل قولان .

والكلام فيه تارة بالنظر الى ما يستفاد من كلمات الاصحاب ، وأخرى بالنظر الى مفاد الادلة .

أما الاول : فالمشهور أن ظهور الغبن كاشف لاسبب ، بل عن « التذكرة » أن الغبن سبب للخيار عند علمائنا . وعنه أيضاً في خيار الرؤية : أن الرؤية سبب للخيار .

والظاهر أن لخيار الرؤية والغبن فيه حكم واحد . وحكي عن تصريح جماعة: ثبوت الخيار قبل العلم . ولاينافيه ما في كلمات آخرين كالمحكي عن «المبسوط» و « الشرائع » وغيرهما من أن الخيار يثبت عند ظهور الغبن ، لان ثبوته عنده لاينافي ثبوته قبله ولايدل على نفيه ، وتخصيص الظهور بالذكر لانه مورد ظهور ثمرة الخيار وهو الفسخ لتوقفه على العلم بالغبن لالعدم ثبوت الخيار قبله .

نعم ما عن « الغنية » من أن ظهور الغبن سبب للخيار ودعوى الاجماع عليه، الا أنه لاعبرة باجماعات « الغنية » .

و مما ذكرنا ظهر اندفاع توهم اختلاف كلمات العلماء و اضطرابها في ذلك .

قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» بعد ما ذكر من اختلاف الكلمات مالفظه:

لكن لايخفى ارجاع الكلمات الى أحد الوجهين بتوجيه ماكان منهما ظاهراً في المعنى الآخر .

ثم قال: وتوضيح ذلك : أنه انأريد بالخيار السلطنة الفعلية التي يقتدربهاعلى الفسخ والامضاء قولا وفعلا فلا يحدث الابعد ظهور الغبن ، وان أريد ثبوت حق للمغبون لوعلم به لقام بمقتضـاه ، فهو ثابت قبل العلم ، وانما يتوقف على العلم اعمال هذا الحق فيكون حال الجاهل بموضوع الغبن كالجاهل بحكمه أوبحكم خيارى المجلس والحيوان وغيرهما .

وأنتخبير بأنه لايرتبطقوله « وتوضيح ... الخ » بماذكره سابقاً ، اذظاهره أنه توضيح لماأهمله أولا من امكان التوجيهفي كلماتهم . وحينئذفلايناسبهالترديد بين الوجهين بقوله « ان أريد كذا ، وان أريد كذا » بل المناسب أن يقـول : ان من قال: بأن الغبن سبب للخيار، أرادبهالحق الواقعي، ومن قال: انظهوره سبب، أراد السلطنة الفعلية ثم ان ماذكره من التوضيح يشبه توضيح الواضحات، بداهة ان السلطنة الفعلية تتوقف على العلم ولايتعقل ثبوتها بدونه .

وأما ماجعله مؤيداًلكون الظهور شرطاًشرعياًمن أنهم اختلفوافي صحةالتصرفات الناقلة في زمن الخيار ولم يحكموا ببطلان التصرفات الواقعة من الغابن حين جهل المغبون :

ففيه : ان من حكم هنا بعدم بطلان تصرفات الغابن لا يفرق بين تصرفه قبل علم المغبون أوبعده ، وذلك من جهة أن الخيار عنده لايمنع من التصرف الناقل عمن عليه الخيار بل يوجب ذلك الانتقال الى البدل، لان صحة التصرف قبلعلم المغبون من جهة عدم ثبوت الخيار فيه وتوقفه على العلم .

وأما بالنظر الى الادلة: فهي أيضاً دالة على ثبوت الخيار عند العقد، فقدعرفت نقله عن العلامة « قده » .

وأما لاضرر : فهو أيضاً منوط بالغبن الواقعي ولامدخلية للعلم فيه . وكذلك الاخبار الخاصة المشتملة على حكم الغبن لواستنداليها فيالمسألة .

نعم في بعض أخبار تلقي الركبان الحكم بثبوت الخيار معلقاً على دخول السوق المعلوم كونه لاجل العلم بالغبن على ثبوته قبله ، لكنه معارض بماورد أيضاً من تخييرهم اذا غبنوا فيتعارض منطوقه مع مفهوم الاول وهو وان كان أخص الا أن تقديم المفهوم والخاص على المنطوق العام ممنوع .

ثم لان لكل منهما جهة قوة وضعف فيدور الترجيح مدار القرائن الخارجية، و هى هنا قاضية بتقديم العام لوهن المفهوم بكون ما اعتبر فيه دخول السوق مسوقاً لبيان مورد ماهو ثمرة الخيار غالباً و هو الفسخ ، فيضعف دلالته على المفهوم .

فالمعتمد : مادل على أن العبرة بنفس الغبن ثم ان شيخنا العلامة الانصاري « قده » ثلث الاثار المجعولة بين مايترتب على السلطنة الفعلية، والسقوط بالتصرف، فانه لايكون الابعد العلم بالغبن فلايسقط قبله . ومنه التلف فاستظهر أنه قبل ظهور الغبن من المغبون .

ولو قلنا بشمول قاعدة التلف لمثل خيار الغبن و بين ما يترتب على ذلك الحق الواقعي كاسقاطه بعد العقد وبين ما يتردد بين الامرين كالتصرفات الناقلة . فان تعليلهم المنع عنها بكونها مفوتة لحق ذي الخيار ظاهر في ترتب المنع على وجود نفس الحق . وحكم بعض من منع من التصرف في هذا الخيار ـ بمضي التصرفات الواقعة من الغابن قبل علم المغبون ـ يظهرمنه : أن المنع لاجل التسلط الفعلي . والمتبع حينئذ هودليل تلك الاثار . انتهى مهذباً .

وهذا الكلام كماترى مختل النظام ، لانه يحتمل وجوهاً ثلاثة :

أحدها : أن مراده تثليث الاحكام وآثارها الشرعية كما هو ظاهر صدره.

ثانيها : أن يكون المراد بيان أقسام ما يترتب على الوجهين المذكورين في الكلام في كلامه من الخيار قبل الغبن كما هو ظاهر الدليل .

ثالثها : أن يكون المراد : أن الاحكام الشرعية بعضها يشهد على الوجه الاول وبعضها يشهد على الوجه الثاني وبعضها مردد بين الوجهين، ولكن لايلتئم أجزاء كلامه على شيء من الاحتمالات .

أما الاول : فلان أحكام الخيار كلها ثابتة لنفس الخيار الواقعي وليس شيء منها مشروطاً بالعلم به ، وأما اسقاطه بالتصرف فهو أيضاً من أحكام نفس الغبن، غايته أن موضوع التصرف المسقط لايتحقق في الخارج الابعد علمه بالغبن ، لان المسقط هو التصرف الكاشف عن الرضا والالتزام ، وهذا لايتحقق الا بعد العلم بالخيار .

وأما الثاني : فلان ما ذكره لايصلح أن يجعل ثمرة بين الوجهين ، اذ منها ما ذكر من سقوط الخيار بالتصرف بعد العلم بالغبن ، ومن الواضح أنه كذلك ، سواء قلنا بثبوت الخيار من أول الامر أو قلنا بحدوثه بالعلم . ووجهه ما عرفت ، فلا يصلح ثمرة بين الوجهين . نعم تختص الثمرة بما ذكره أخيراً بقوله « وتظهر الثمرة ... الخ » ولاينطبق على ماعداه .

وأما الثالث : فهو حسن بالنسبة الى التلف قبل العلم بالغبن لانه اذا فرض كونه على المغبون اتفاقاً أو لو على القول بشمول القاعدة لخيار الغبن فيكشف ذلك عن انتفاء الخيار قبل العلم بالغبن والا لكان اللازم كون ضمانه على الغابن ، بناءاً على اجراء القاعدة ، فهو شاهد على توقف الخيار على العلم ، لئلا ينافي القاعدة المذكورة ، لكنه مضافاً الى اختصاص شهادته بالقول بالشمول وعموم القاعدة لخيار الغبن . وهو ضعيف لايتم في الاول وهو تصرف المغبون قبل العلم بالغبن، اذ عدم كونه مسقطاً لايشهد على شيء لعدم منافاته بشيء منها ، كما هو واضح.

« مسألة »

(في مسقطات خيار الغبن)

وهي أمور :

« منها » اسقاطه بعد العقد. وهو اماأن يكون بعد العلم بالغبن أوقبله، والاول اما مع العلم بمرتبة الغبن أومع الجهل بها، والاسقاط في كل منهما ابلاعوض أو معه .

أماالاول: فان أسقطه مجاناًبلاعوض بعدالعلم به وبمرتبته، فلااشكال فيه . وان علم به دون مرتبة ، فان أسقط الغبن المسبب ـ من أي مرتبة كانت ـ فاحشاً كان أو أفحش، فلااشكال أيضاً ، وان أسقطه بزعم كونه فاحشاً فتبين أفحش : ففي السقوط وجهان : من عدم طيب نفسه سقوط هذا المقدار من الحق ، ومن أن الخيار حق واحد مسبب عن مطلق التفاوت الغير المتسامح به .

وتعدد مراتبه لايوجب تعدد الخيار ، فيسقط هذا الخيار الواحد بمجرد الاسقاط، وليس تعدد مراتب الغبن من قبيل تعدد أسباب الخيار كالمجلس والغبن فيه .

والاقوى هو الاول ، لان الخيار وان كان واحداً حقيقة ونوعاً ، الا أن أفراده متعددة بتعدد أفراد الغبن، فالخيار المسبب عن الغبن الفاحش فرد وعن الافحش فرد آخر، فاذا أسقطه بزعم كونه فاحشاً فتبين أفحش فالمقصود غير واقع، والواقع غير مقصود .

فان قلت : يلزم من ذلك عدم سقوط الخيار رأساً حتى بالنسبة الى الفاحش المشتمل عليه الافحش ، اذ المفروض أن هناك حق واحد غير ساقط .

قلت : نعم لكن اسقاطه بزعم كونه فاحشاً يوجب رضائه وطيب نفسه بحلية

مقدار ما اعتقده ، فليس له الرجوع عليه به . فتدبر فانه لايخلوعن تأمل .

و ان أسقطه بعوض ، بأن صالح على سقوطه بمال فمع العلم بالمرتبة والتصريح بصلح أي مرتبةكانت ، لااشكال فيه .

أما لو أطلق و كان له منصرف أو اعتقد مرتبة خاصة فصالح عليها بعوض فتبين أنهاكانت مرتبته أعلى، ففيه وجوه ثلاثة :

أحدها: بطلان الصلح، لانه لم‌يقع على‌الحق‌الموجود ، فالواقع غيرمقصود، والمقصود غيرواقع .

ثانيها : صحته مع لزومه لما مر من أن الخيارحق واحد له سبب واحدفاذا أسقطه سقط .

ثالثها : صحته متزلزلا لكونه صلحاً مشتملاعلى الغبن، حيث أن الخيارالذي صالح عليه باعتقاد كون سببه الغبن الفاحش، تبين كونه فيما يبذل في مقابله‌أزيد مما جعله عوضاًضرورة أنه‌كلماكان التفاوت أزيد يبذل بأزائه أزيد بما بذله ازائه من الاقل .

وقوى شيخناالعلامة الانصاري « قده » الاخير ، ثم أمر بالتأمل، ولعله‌اشارة الى أن الغبن لايتحقق الافي الاموال العرفية التي لها قيمة عندالعرف فلايتصور تحققه في الحقوق لانها لم تقرر لها قيمة عند العرف حتى يجري فيهاالغبن .

هذا مضافاً الى أنه لايتحقق موضوع الغبن‌في الصلح ولو في مقام المعاوضة لان‌مفهومه هوالتسالم والصفح وان‌كانت فائدته فائدةالمعاوضة والغبن‌انمايتحقق في المعاوضات ، فلاوجه لجعله أقوى ، بل المتعين أحد الاولين ، وقدعرفت أن الاقوى هو الاول .

هذا كله لوأسقطه بعدالعلم ، وأما لوأسقطه قبل ظهوره : فاما ان‌يسقطه مجاناً أوبعوض، أما الاول : ففيه اشكالان:

أحدهما: أنه من قبيل اسقاط ما لم يجب .

ثانيهما : أنه تعليق للجهل لوجود الحق واقعاً .

والجواب عن الثاني: أن التخيير من شرائط الصيغة، فاذا كان الاسقاط على وجه التنجيز صح ، ولو كان ذلك في الواقع معلقاً على وجوده لان تعليق الحكم على موضوعه واقعاً أمر قهري حاصل في جميع الموارد والمانع هو التعليق في العقد ، فان قال : أسقطته على تقدير وجوده ، بطل ، بخلاف ما لو قال : أسقطت.

وعن الاول: أن وجود المقتضي كاف في صحة الاسقاط ، وهو العقد أو الغبن الواقعي . وذكر « قده » في الكتاب أمثلة وقاس المقام بها :

منها: ابراء المالك الودعي المفرّط عن الضمان .

ومنها: براءة البائع من العيوب الراجعة الى اسقاط الحق المسبب عن وجودها قبل حصول العلم بها .

ومنها : ضمان درك المبيع عند ظهوره مستحقاً للغير في هذه المسألة.

وفي هذه الامثلة وشهادتها في المقام نظر :

أما الاول : ففيه : منع صحته ، لان الودعي المفرّط في حكم الغاصب ، لانه بالتفريط تصير يده يد ضمان وعدوان ، وقد ذكروا في الغصب أنه لا يصلح ابرائه عن الضمان لان موضوع الابراء هو الدين لا العين ، وحق المالك قبل التلف متعلق بالعين لا بالذمة ، فلا معنى لابرائه الا على القول بقيمة ضمان العين ، وهو باطل على المشهور .

وأما الثاني: فلانه ليس اسقاطاً لما وجد فيه المقتضي ، بل دفع لتأثير المقتضي من أول الامر لان براءة البائع انما هو في ضمن العقد بأن يقول للمشتري : بعتك بكل عيب ، فلا مقتضى للثبوت حينئذ حتى تكون البراءة مسقطة له، وأين هذا من المقام الذي وجد فيه المقتضى دون شرط تأثيره .

وأما الثالث : فأولا : أنه اثبات ، لااسقاط. وثانياً : أن ضمان الاجنبي لدرك المبيع أمر ثابت بالدليل على خلاف القاعدة، اذ مرجعه الى ضمان العين، وهو باطل لولا الدليل . وأما الثاني : وهو اسقاطه بعوض فقد استشكل فيه « قده » من حيث العوض المصالح به فانه لابد من وقوع شيء بأزائه وهو غير معلوم فيكون أكلا له بالباطل .

ثم قال : فالاولى ضم شيء الى المصالح عليه أو ضم سائر الخيارات اليه بأن يقول : صالحتك عن كل خياري بكذا .

وأورد عليه بعض المشائخ ممن قارب عصرنا بأن ذلك مخالف للاجماع ، لجواز الصلح مع العلم والجهل والاقرار والانكار اجماعاً ، مضافاً الى أن بناء الصلح على التخلص من الحقوق المجهولة فاشتراط الضميمة الى الحق المجهول لاوجه له .

ويندفع : بأن المسلّم من الجواز مع الجهل بوجود الحق انما هو صورة التنازع ، لان الغرض الاصلي لمشروعية الصلح هو قطع النزاع . وأما جوازه في غيره كما هو مفروض كلامه. ممنوع وقد سبق منا التحقيق في هذا المقام فليراجع.

ثم قال « قده » ـ بعد ما سبق من لزوم ضم الضميمة ـ ما لفظه : ولو تبين عدم الغبن لم يسقط العوض عليه لان المعدوم انما دخل على تقدير وجوده لامنجزاً باعتقاد الوجود . الخ .

وتوضيحه : أن الضميمة ليست بأزاء الحق المجهول والضميمة معاً مطلقاً بل انما هو بأزائهما معاً على تقدير وجود الحق المجهول وبأزاء الضميمة على تقدير عدم وجوده ، فلا وجه لتقسيط العوض وتبعضه لو تبين عدم الغبن .

لكن لايخفى أن مثل هذا القصد في عقد واحد وصلح واحد لايخلو عن اشكال بل منع لمنع ارادة المصالح له وقوع العوض بتمامه بأزاء الضميمة فقط على

تقدير عدم الغبن بل قصده انما تعلق بجعله عوضاً لهما معاً ، فاذا تبين عدم الغبن لزم التقسيط والتبعض .

نعم يمكن توجيه عدم التقسيط بوجه آخر ،وهو ارجاعه الى صلح الضميمة فقط بالعوض وجعل سقوط خيار الغبن شرطاً لاجزءاً للعوض ، بأن يقول : صالحتك عن هذا الشيء بهذا المال بشرط أن لايكون لك الخيار لوظهر الغبن. وحينئذ فلا يبقى الاشكال لان الشروط لاتقابل بالاثمان ولايقسط الثمن عليهما بل العوض انما هو بأزاء نفس المشروط . هذا اذا كان كلاهما جاهلين بالغبن أو شاكّين فيه فصولح الغبن المحتمل بمال .

ولو تنازعا واختلفا ، فادعى المشتري الغبن وأنكره البائع فيصح أن يصالحا اما على اسقاط الدعوى أوعلى اسقاط حق الغبن من المنكر بمال ، الا أن صحة الصلح في الاول صحة ظاهرية ، وأما الصحة الواقعية فتدور مدار ثبوت الحق .

وفي الثاني خلاف ، ففي «المسالك» و«جامع المقاصد» استظهار صحته واقعاً معللا بأن اليمين حق يصح الصلح على اسقاطه وجزم به في «الجواهر» أيضاً .

والتحقيق : ابتنائهما على أن اليمين حق للمدعي على المنكر أوحكم . فعلى الثاني تعين الصحة الظاهرية لاول المصالحة حينئذ الى اسقاط الدعوى لعدم صحة المصالحة عن اليمين لفرض صحة لحوق حق اليمين حكماً لاحقاً . وعلى الاول : الصحة الواقعية ، وان كان المدعى كاذباً فضلا عما لوكان شاكاً .

والتحقيق : أنه حكم لاحق ، لعدم ميزان كلي يشخصه ـ أي يشخص الحق من الحكم في مورد الشك فيهما ـ فحينئذ الاصل يقضي كونه حكماً فلا يصح المصالحة عنه لاظاهراً ولا باطناً . ثم لو أقر بعد المصالحة على سقوط الدعوى أوعلى سقوط حق اليمين فيؤخذ باقراره بالنسبة الى ما أقر به من المال لنفوذ أقرار العقلاء على انفسهم .

ولو أقام المدعي بينة : فهل هو كاقرار المنكر في أخذه به أم لا ؟ وجهان ينشآن من أن الصلح على سقوط حق اليمين بمنزلة نفس اليمين أولا ؟

فان قلنا : أن حكمه حكم اليمين بسقوط حقه فلا فائدة للبينة ، وهذا لاينافي أخذه باقراره بعد الصلح أيضاً ، لان الاقرار نافذ ولو بعد الحلف ، فكذا بعد ما هو بمنزلته أيضاً .

وان قلنا : بأن الصلح على سقوط حق اليمين ليس بمنزلة نفس اليمين وانما فائدته قطع الدعوى ، فاذا أقام المدعى البينة، كانت بمنزلة اقرار المنكر في الزامه بالحق .

و«منها» اسقاطه في متن العقد ـ أي اشتراط سقوطه فيه ـ .

والاشكال فيه من جهة استلزامه اسقاط مالم يجب وسائر الجهات قد سبق هنا وفي خيار المجلس كما أنه ظهر جواب الجميع في المقامين الا أن هنا اشكالا آخر، مختص بهذا الخيار وخيار الرؤية وان كان وروده فيهما أوضح ودفعه أشكل ولذا صار الاكثر هناك الى الفساد وهنا الى الصحة بل لم يستشكل فيه الا الشهيد «قده» في محكي «الدروس» وهو أن اشتراط سقوط الخيار في متن العقد مستلزم للغرر .

قال في محكي «الدروس» : ولو اشترط رفعه أو رفع خيار الرؤية فالظاهر بطلان العقد للغرر .

وعن «غاية المرام» : الجزم ببطلان العقد والشرط وتردد فيه المحقق الثاني الا أنه استظهر الصحة .

وذكر شيخنا العلامة الانصاري «قده» في توجيه كلام الشهيد بما حاصله : أن الجهل بالصفات انما يكون سبباً للغرر باعتبار كونه سبباً للجهل بالمالية . ثم أورد عليه : أولا: بأن الجهل بمقدار المالية لو كان غرراً لم يصح البيع مع الجهل بالقيمة .

وثانياً : ان ارتفاع الغرر عن هذا البيع ليس لاجل ثبوت الخيارحتى يكون اسقاطه موجباً لثبوته والا لم يصح البيع اذ لايجدي فيالتخلص عنالغرر ثبوت الخيار لانه حكم شرعيلايرتفع به موضوعالغرر والا لصح بيع مجهولالوجود ومتعذر التسليم على نحو ثبوت الخيار والتزلزل وهوكما ترى .

ولقد أجاد «قده»، فالاقوى هو الصحة وفاقاً للمشهور .

وأماخيار الرؤية : فالاشكال فيه أوضح ، لان ارتفاع الغرر انما هومن جهة التوصيف المبني على الالتزامبوجود ما اشترطاه من الاوصاف، واشتراطسقوط الخيار راجع الى سقوط اعتبار ما اشترطاه من الاوصاف ، فكانهما تبانيا على البيع سواء وجدت تلكالاوصاف أم لافالالتزام بوجودها المبتني عليهالصحة مع اسقاط الخيار الراجع الى عدم الالتزام بوجودها تناقض بيّن.

والحاصل : ان لم يوجباشتراط سقوط الخيار رفعذلكالالتزام الاولفهو تناقض وان أوجبفهوغرر كمالولميلتزمبهامن أولالامر. الا أنيقال مرجع اسقاط الخيار ليس الىشيء من ذلك ، بلمرجعهالىالالتزامبعدم تأثير تخلف مااشترطاه من الاوصاف ولاتنافي بينالالتزام بوجودها وبينالالتزام بعدمالفسخ لوتخلف.

كذا ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده»ثم أمر بالتأمل . ولعل وجهه ما ذكره في خيار الرؤية بعد تقوية القولبالفساد من أن مآل الالتزام الثاني الى عدم الالتزام لوجود الاوصاف ، اذ لامعنى للالتزام بعدم الخيار على تقدير التخلفالا عدم الالتزامبوجودها بل يرضيبالعقدسواء وجدتالاوصافأملا ، فيعود محذور التناقض أو الجهالة والغرر .

وتوضيح الحال : أن في المسألة وجوهاً بلأقوالا ثلاثة :

أحدها : فساد الشرط والعقد معاً ، وان قلنا بعدم استلزام فساد الشرط فساد العقد، فاختاره في «التذكرة» وشيخنا العلامة «قده» فيخيار الرؤية .

ثانيها : صحة العقد والشرط كما ذهب اليه في «الجواهر» .

وثالثها : فساد الشرط دون العقد .

وجه الاول : ما مر من استلزام الشرط المذكور التناقض أو الجهالة والغرر، ففسادهذاالنحو من الشرط يقتضي فساد العقد ، وان قلنا بعدم كون الشرط الفاسد من حيث هو مفسداً للعقد .

ووجه الثاني : أن مرجعه الى عدم ثبوت الخيار لو فرض تخلف الوصف، وهذا لايؤدي الغرر لارتفاعه بنفس التوصيف ، غايةالامر أن لتخلفه حكماً شرعياً وهو الخيار ، فاشترط سقوطه .

ووجه الثالث : أن فساد هذا الشرط ليس للتناقض ولا للجهالة حتى تؤدي الى فساد العقد ، بل لكونه اسقاطاً لما لم يجب، وهو باطل ، فيبطل الشرط دون العقد على قياس سائر الشروط التي لايقتضي فسادها فساد المشروط على التحقيق .

والاوجه هو الوجه الثاني وفاقاً لصاحب «الجواهر» لضعف مااستدلوا به للفساد من لزوم التناقض والغرر .

أما أولا : فبالنقض بما لو اشترى العين اعتماداً على الرؤية السابقة أو على أخبار البائع من دون توصيف في العقد حيث اعترف القائل بالبطلان هنا بصحة شرط سقوط الخيار هناك ، فان أوجب ذلك الجهالة فيجري في المقامين لاتحاد المناط . وكذلك بما لو باع اعتماداً على أصل الصحة وشرط سقوط الخيار لو ظهر العيب فان تردد الامر بين الصحيح والمعيب غرر وجهالة .

وأما ثانياً : أن لزوم التناقض والجهالة مبني على أن يكون التوصيف في العين الشخصية راجعاً الى الالتزام لوجود الاوصاف المذكورة في العقد وهو باطل، اذ لايعقل حقيقة الشرط والالتزام في الجزئي الخارجي ، والا لزم بطلان العقد رأساً اما من أول الامر أو من حين التخلف لاصحته مع الخيار لان الالتزام بوجود

الوصف ان رجع الى قيد البيع كان تعليقاً مبطلا ، وان رجع الى تقييد المبيع كانحكم تخلف الوصف حكم تخلف الجنس والماهية في البطلان لان الواقع غير مقصود والمقصود غير واقع وان كان التزاماً مستقلا غير راجع الى شيء من الامرين فهو غير معقول أو شرط في موضوع الالتزام أن يكون أمراً اختيارياً مقدوراً للمكلف والاوصاف الخارجية في العين الشخصية كالكتابة والسواد والبياض وغيرها ليست بحسب اختيار المكلف بل هي أمور خارجية تكوينية .

نعم انما يتعقل ذلك في الافعال الخارجية وفي الكليات حيث أنمعنى الالتزام في الاول التزام بايجادها في الخارج لكونها مقدورة وفي الثاني تضييق لدائرة المبيع وجعله واجداً للوصف دون فاقدة بل مرجع التوصيف والالتزام في العين الشخصية الى احداث الداعي للمشتري في اقدامه على الشراء .

فالتوصيف ليس الا كاخبار البائع والرؤية السابقة في كون الجميع من أسباب حدوث الدواعي للمشتري ، وهذا بنفسه رافع للجهالة وان حصل الشك واحتمل التخلف .

ومن الواضح أنه يصح شرط السقوط في صورة اخبار البائع لانه وان أخبر بالوصف على سبيل الجزم ، الا أن المشتري حيث يحتمل الخلاف فيشترط في العقد سقوطه .

فكذلك في المقام لانه أيضا بمنزلة اخبار البائع فبطلت دعوى أن مرجع شرط سقوط الخيار الى الالتزام بالمبيع كائناً ما كان اذ ليس مرجعه اليه ، كما أنه ليس مرجع اشتراطه في الرؤية السابقة اليه لان الالتزام بالمبيع انما حصل بداعي وجود الوصف لا مطلقاً كما أنه ارتفع التناقض عن البين بعد خروج التوصيف عن الالتزام .

فان قلت : لولم يكن التوصيف التزاماً لزم انتفاء الخيار عند التخلف ، لان

تخلف الدواعي ليس سبباً للخيار قطعاً .

قلت : نعم، الداعي لو لم يذكر في متن العقد فلا عبرة به . اما اذا ذكر في العقد صار تخلفه سبباً للخيار سيما اذا كان من الاوصاف المالية .

والحاصل : انا لانتعقل فرقاً بين التوصيف وبين اخبار البائع والرؤية السابقة لافي ارتفاع الجهالة ولا في ثبوت الخيار لو تخلف الوصف ولافي صحة اشتراط سقوطه فالكل على نهج واحد، فالاقوى حينئذ صحة شرط سقوط الخيار. و«منها» اشتراط سقوطه في متن العقد .

وترد عليه ضروب من الاشكالات المتقدمة في الخيارات المتقدمة كماذكرناها آنفاً ويزيد على هذا الخيار وخيار الرؤية اشكال آخر ، وحاصله استلزام اشتراط السقوط فيها الغرر والجهالة في المبيع . الا أن الاشكال في الاخير أقوى من الاول .

وقد أشار الشهيد «قده» في «الدروس» في هذا المقام مالفظه : ولو اشترطا رفعه ورفع خيار الرؤية ، فالظاهر بطلان العقد للغرر . ثم فرّق بينهما بأن الغرر في الغبن سهل الازالة .

وأوضح شيخنا العلامة الانصاري «قده» ذلك الاشكال بأن الجهل بمقدار مالية المبيع كالجهل بصفاته لان وجه كون الجهل بالصفات غرراً هو رجوعه الى الجهل بمقدار ماليته ، ولذا لاغرر مع الجهل بالصفات التي لامدخل لها في القيمة .

ثم أورد «قده» على هذا الاشكال بوجهين :

أحدهما : الجهل بمقدار المالية غير مانع عن البيع والا لم يصح مع الشك في القيمة .

وثانيهما : أن الجهل بمقدار المالية ان كان مانعاً فلا يرفعه اشتراط ثبوت الخيار أيضاً فضلا عن عدمه ،اذ لايجدي في رفع الغرر والاخراج عنه ثبوت الخيار

لانه حكم شرعي لايرتفع به موضوع الغرر والايصح كل بيع غرري على وجه التزلزل وثبوت الخيار كبيع المجهول الوجود والمتعذر تسليمه. هذا كله بالنسبة الى الغبن .

وأماتقرير الاشكال الوارد في الرؤية: أشار اليه أيضاً «قده» في الكتاب، وحاصله: رجوع الاشتراط الى الغاء ما تبانيا عليه وأوقعا العقد معه من التوصيف في الغبن. ومن البين أنه يوجب الجهل في المبيع . ثم احتمل الصحة لان الاشتراط لايرجع الى الغاء التباني الواقع بينهما ورفع الالتزام المزبور بل الى عدم تأثير تخلف تلك الاوصاف التي بني العقد عليها .

ثم أمر بالتأمل ،ولعل وجهه ما أفاده في خيار الرؤية من بطلان الشرط المزبور والعقد معاً نظراً الى كونه راجعاً الى الغاء التباني الواقع منهما الذي وقع العقد عليه فيؤدي حينئذ الى جهالة المبيع .

هذا وتفاصيل الاقوال والوجوه مذكورة هناك ، وحاصلها ثلاثة : الاول ـ فساد الشرط والمشروط . الثاني ـ صحتها معاً . الثالث ـ صحة المشروط دون الشرط .

وجه الاول : ايجاب الشرط جهالة المبيع، فيفسد المشروط وان لم نقل بأن فساد الشرط موجب لفساد المشروط ، اذذلك فيما اذا لم يحصل منه ما يوجب اختلالا فيما يعتبر في المشروط وأما اذا حصل منه ذلك فلا خلاف في افساده المشروط جزماً . والمقام من هذا القبيل على ما عرفت .

وجه الثاني : أن العقد وقع على التباني والتوصيف ، فترتفع به الجهالة ، فاشتراط سقوط الخيار الحاصل بالتخلف لايرجع الى رفع اليد عن التوصيف المتقدم حتى يوجب الجهالة، لما أفاده المحقق الثاني من أن رفع الغرر ليس بالخيار حتى يثبت بارتفاعه ، فان الخيار حكم شرعي لو أثر في رفع الغرر لجاز

بيع كـل مجهول متزلزلا لان الغرر هو الاقدام على شراء العين الغائبة على أي صفة كانت ، ولا يرتفع ذلك بالالتزام على الفسخ والخيار مثلا .

وأما ما نحن فيه ليس اقداما على أية صفة حتى يكون غررا بل على التوصيف المذكور في متن العقد ، فاشتراط سقوط الخيار ليس الا كاشتراط التبرّي من العيوب ، مع أن هذا الى الجهالة في المبيع بـل الغرر فيه أفحش لانه في قوّة بيع الشيء صحيحاً أو معيباً .

ونظير ذلك أيضاً ما ذكروه في بيع المملوك وغيره من صحة البيع بالنسبة الى الاول دون الثاني مع استلزامه الغرر والجهالة أيضاً. فالوجه في صحة الثلاثة وأضرابها أن العبرة فـي صحة البيـع وعدمها على الحال لا بالمال ، فـان استلزم الجهالة في الحال فهو فاسد والا بأن حصل العلم والتباني في الحال وان استلزم الجهل في المال لااشكال في الصحة كالامثلة المذكورة .

ووجه الثالث : أن فساد الشرط ليس مـن جهة الغرر حتى يسري الغرر في البيع فيفسد بل من جهة أنه اسقاط لما لم يتحقق ، لان الخيار انما يتحقق بالرؤية فلا يجوز اسقاطه قبلها .

هذا وشيخنا العلامة الانصاري «قده» اختار الاول لانـه بمنزلة رفع اليد عن الالتزام فيوجب التناقض والغرر والجهالة ، ولكن الاقوى هو الثاني كما اختاره المشائخ العظام ـ منهم صاحب «الجواهر» ـ لوجود المقتضي وانتفاء المـانـع أما الاول : فلعمومات أدلة البيع والشـرط ، وأما الثاني : لان قصوى ما يتخيّل أن يكون مانعاً هو لزوم التناقض المؤدي الى الغرر ، وهو فاسد ،لان لزوم التناقض انما يكون على كون التوصيف المزبور بمنزلة الالتزام منه على كـون المبيع موصوفاً بهذه الصفات وعلى كون الاشتراط في قوّة رفع اليد عن الالتزام المزبور وهما فاسدان :

أما الاول : فلما حقق في محله من أن الالتزام بالشيء انما يصح من الملتزم اذا كان مقدوراً له ، وهو لا يكون الا في الكلي أو في الافعال الخارجية ، لافي الجزئي وفي المعيّن الوجود الخارجي ، اذ لا يصح الالتزام من أحد لكونه موصوفاً بوصف كذا لعدم تعلق القدرة على ايجاده ، لانه أما أن يكون في الخارج موصوفاً به فلا تتعلق القدرة على اعدامه وازالته . أويكون فاقداً له فلا تتعلق القدرة على ايجاده . ومن المعلوم أن المقدورية لابد أن يتساوى فيها طرفا الوجود والعدم وهي منتفية في المعين الخارجي .

وما نحن فيه من قبيل المعيّن الخارجي كما لايخفى ، فلا وجه للالتزام المزبور فيها بل التوصيف فيها يرجع الى بيان الدواعي الخارجية كي يرغب فيها المشتري . ولا ينافيه اسقاط أثر المحتمل فيها الموجب لثبوت الخيار لعدم رجوعه الى رفع اليد عن الالتزام المتقدم على القول برجوع التوصيف اليه أو رفع اليد عن الحكم بثبوت الداعي المزبور .

ومنه ظهر فساد الثاني ، اذ الا شتراط في المقام نظير الاشتراط الواقع فيما اذا وقع البيع على الرؤية القديمة، ومن المعلوم عدم رجوعه فيه الى انتفاء الداعي اذ الداعي هنالك انما هي الرؤية القديمة وأن الاشتراط فيه انما هو لمجرد طروّ احتمال التغيير ونحوه الموجب للخيار لو لا الاشتراط المزبور لا رفع اليد عن الداعي فكذلك الاشتراط في المقام لايرجع الى رفع اليد عن الداعي الموجود في المقام بل انما هو لمجرد اسقاط الاحتمال المحتمل الموجب للخيار لو لا الاشتراط المزبور .

وكيف كان فلا فرق في المقام بين ما نحن فيه مما وقع البيع فيه بالتوصيف وبين ما وقع البيع بالرؤية في صحة الاشتراط وعدمها ، فان صح ففي المقامين والا فلا في شيء منها . والتفرقة بينهما كما عن شيخنا العلامة الانصاري غير

مشتملة على الفارق ، وما أشار اليه في الكتاب من أن جواز البيع في المقام انما هو بالتوصيف ، وفي ذلك المقام انما هو بالامارة الشرعية من أصالة الصحة ونحوها غير مجد في ذلك الفرق كما لا يخفى على المنصف بل المقامان وغيرهما من الامثلة المذكورة كتبري البائع ونحوه كلها من واد واحد .

و«منها» التصرف ، والاقسام المتصورة في المقام كثيرة ، فقد عدّها في «الروضة» الى مايزيد عن مأتي صورة، والاخرون الى مايبلغ بثلاثمأة أوأربعمأة. فالجامع منها يقع الكلام تارة في حال التصرف وأخرى في نفس التصرف ، أما الاول فتندرج تحته مسائل :

(المسألة الاولى) فيما لو تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطة في سائر الخيارات المتقدمة بعد العلم بالغبن . فينبغي التعرض الى مقتضى الاصل العملى والاصل اللفظي . ومقتضى كلماتهم المتبولة في الباب :

أما الاول : فهل يقتضي الاصل الحكم بكون التصرف بقول مطلق مسقطاً للخيار الا ما علم عدمه أو الحكم بعدمه كذلك الا ما علم ثبوته؟ وجهان مبنيان على كون الشك في الاسقاط في مورد الشك راجعاً الى الرفع أو الى الدفع ، وعلى الاول يتعين الثاني ، كما أنه على الثاني يحكم بالاول ، وتظهر الثمرة بينهما فيما اذا شككنا في كونه مسقطاً كما اذا لم يقترن بأمارة الرضاء أو اقترن بعدمه ، اذ على الاول يحكم بعدم سقوط الخيار وبقائه وعلى الثاني يحكم بسقوطه نظراً الى جريان استصحاب الخيار على الاول دونه في الثاني على ما هو التحقيق. هذا في الابتناء والبناء .

وأما المبنى : فهو أيضاً مبني على كون العقد المشتمل على الخيار بملاحظة اقترانه بالتصرف وعدمه نوعين وفردين من العقد أو لا ، بل فرد واحد ونوع واحد ، فان قلنا بالاول فلا شبهة حينئذ في كون الشك حينئذ يرجع الى الدفع لا

الرفع ، كما أنه على الثاني لايبقى ريب في كونـه راجعاً الى الرفع ، والاظهـر هو الاول فتعين الحكم بلزوم العقد وعدم ثبوت الخيار لما قرر في محله من عدم حجيّة الاستصحاب مع الشك في المقتضي، فلابد من الرجوع الى أصالة اللزوم بمعنى استصحاب بقاء الملك وعدم زواله بالفسخ . والى ما ذكرنا أشار «قده» في الكتاب الا أنه قد حكم أولا بكون الشك المزبور من قبيل الشك في الرفع فيجرى استصحاب الخيار ، ثم أمر بالتأمل ولعله اشارة الى ما ذكرنا من كـون الشك في الدفع فلا وجه للاستصحاب .

والعجب مما صدر عن بعض من قارب عصرنا من الحكم بعدم جريان الاستصحاب ، وان قلنا بكون الشك المزبور من قبيل الشك في الرفع نظراً الى كـون التصرف استمساكاً بالعقد وان الخيار ينافيه اذ فيه غرابة واضحة ، لان كلامه مبني على أمرين : أحدهما : أن يفسر الخيار بالسلطنة على طرفي العقد امضاءاً وازالة . وثانيهما: أن يلتزم بكون التصرف اجازة للعقد واستمساكاً به .

وفي كليهما نظر، أما الاول: فلان الخيار عبارة عن السلطنة على الازالة دون الابقاء مضافاً الى ان التسلط على الابقاء لامحصل له .

وأما الثاني : فلانه ان أريد بهذا التصرف الذي حكم فيه بكونه استمساكاً بالعقد التصرف المقرون بالرضا الفعلي منه على اجازة العقد وابقائه فهو مما لاكلام فيه ولايكون هو مورد الشك المزبور، اذ الحكم فيه بكونه مسقطاً للخيار اجماعي، وان كان هو على خلاف القاعدة الاولية، اذ مجرد رضائه باسقاط الخيار غير مستلزم لامضاء الشارع الا أنه ثبت ذلك بالادلة . وان أريد منه ما عداه من التصرف المقرون لعدم الرضا أو الساكت عنهما فلا نسلم فيه ان هـذا استمساك بالعقد .

وأما الاصل اللفظي : فهل يقتضي سقوط الخيار بالتصرف أم لا ؟ وجهان

موكولان الى بيان الادلة الواردة في الباب ، فنقول : منها العمومات ، ومنها : أدلة لاضرر، ومنها: العلة المستنبطة، ومنها : الاجماع المدعى على ثبوت الخيار، ومنها: الاجماع المنقول على سقوط الخيار في خصوص المقام بتصرف المغبون ومنها : الاجماع على كون التصرف بقول مطلق مسقطاً للخيار، ومنها : غيرذلك الا أن مفاد تلك الادلة مختلف فيه اذ مفاد بعضها اللزوم وسقوط الخيار وبعضها الاخر بقاء الخيار .

أما العمومات : فلا ريب في كونها مقتضية للزوم بناءاً على ما أشرنا من كون العموم أحوالياً ومنوعاً وأن يكون العقد بملاحظة الاقتران بالتصرف وعدمه منقسماً الى قسمين ونوعين حسب ما اشار اليه «قده» في المسألة الاتية في فورية الخيار وعدمها من التفصيل في التمسك بالعمومات واستصحاب حكم المخصص بين العموم الاحوالي وبين العموم الازماني، وأنه يتعين الاول فى الاول، والثاني في الثاني .

فلازم هذا التحقيق هو التمسك بالعموم والحكم بلزوم العقد وسقوط الخيار بالتصرف فيما نحن فيه ، لان مقتضى العموم أولا هو الحكم بلزوم جميع أفراد العقد خرج عن تحته بأدلة الغبن، العقد المشتمل على الغبن ما لم يتصرف المغبون فيه ، فاذا وقع التصرف فيه من المغبون مثلا شككنا في كون المرجع أصالة بقاء حكم المخصص واستصحاب حكمه أو العموم المتقدم . فالتحقيق هو الثاني لوضوح كون العموم بملاحظة التصرف وعدمه حالياً ومنوعاً للعقد .

نعم مقتضى ذلك هو التعبير بعدم ثبوت الخيار ها هنا رأساً لاالتعبير بسقوطه بالتصرف ، الا أنه يكون على ضرب من التسامح كما في نظائر المقام . ولكن يوهن ذلك مقتضى الدليل الثاني، لان مقتضى أدلة لاضرر هو الحكم ببقاء الخيار، كما أن مقتضى الرابع الحكم بثبوت الخيار الا أنه أجاب شيخنا العلامة الانصاري

عن الاول بعدم دخول ذلك أعني صورة التصرف مع علم المتصرف تحت أدلة لاضرر كعدم دخول صورة اقدامه وعن الثاني بأنه غير ثابت في المقام.

ويرد على جوابه الاول: بأنه ان أراد من التصرف الخارج عن أدلة لاضرر التصرف المقرون بالرضا الفعلي فمسلم الا أنه لاكلام فيه لخروجه عنها وسقوط الخيار به اتفاقاً. وان أراد الغير المقرون به، سواء دل عليه نوعاً أولا، أو يدل على عدم الرضا، فخروجه عن تحتها ممنوع فيصير حينئذ حاكماً على العمومات.

نعم ما أفاده من عدم جريان الاجماع في المقام مسلم، لان الاجماع ناظر الى بيان حكم خيار الغبن في نفسه من دون أن يكون له نظر الى ملاحظة التصرف وعدمه، فهو من هذه الجهة مهمل لااطلاق في معقده.

وأما الدليل الثالث، أعني العلة المستنبطة: فلو لم نقل بانحصار مفادها في خصوص الرضا الفعلي والشخصي فلاريب في اقتضائها الحكم بسقوط الخيار اذا كان المراد أعم من التصرف المنبىء عن الرضا النوعي فضلا عن التعبدي، وقد عرفت في خيار الحيوان أن الاقوى هو ما يدل على الرضا النوعي.

فعلى ذلك تصير أدلة لاضرر على فرض جريانها في المقام مخصصة بتلك العلة المستنبطة مؤيدة للعمومات ومعتضدة للدليل الخامس والسادس، وان قيل في الاول أنه غير محرز لان المحكي عن «الخلاف» والفاضل المقداد هو القول بالسقوط من دون النسبة الى الاصحاب. ولو كان في البين لكانوا يستندون اليه وكذلك في الثاني. الا أن العمدة هو العمومات والعلة المستنبطة، ولاينافيها الاجماع المدعى على ثبوت الخيار لما عرفت من اهماله، ولاقاعدة لاضرر لكونها محكومة بالعلة المستنبطة. فالاقوى هو اللزوم بالنسبة الى التصرف الدال على الرضا نوعاً. وأما التصرف الغير المقرون بالرضا أو المقرون بعدمه، فمقتضى التحقيق بقاء الخيار نظراً الى جريان قاعدة لاضرر من غير جريان العلة المستنبطة حتى تكون حاكمة

عليها . ثم انه لافرق فيما ذكرنا من التصرف المسقط بين كونه ناقلا أو غير ناقل وبين سائر أنحائه .

(المسألة الثانية) فيما لو تصرف المغبون قبل العلم بالغبن : فقد حكموا بعدم كونه مسقطاً الا اذا كان ناقلا، فيقع الكلام تارة في الناقل، وأخرى في غير الناقل.

أما الثاني : فلا اشكال لبقاء الضرر وعدم دلالة التصرف مع الجهل على الرضا لزوم العقد وتحمل الضرر في عدم كونه مسقطاً الا على القول بالتعبد ، وهو ضعيف قولا وقائلا .

أما الاول :فالمستفاد من الاكثر هو سقوط الخيار ولعله لعدم امكان استرداده مع الخروج عن الملك. ولكن الشهيد « قده » استشكل في « اللمعة » بما حاصله: أن الضرر الموجب للخيار ثابت مع التصرف أيضاً والتصرف مع الجهل بالضرر ليس اقداماً عليه فيجب تدارك الضرر باسترداد ما دفعه من الثمن ، ورد بدل العين بالمثل أو بالقيمة وفوات خصوصية العين على الغابن ليس ضرراً ، اذ العين المبيعة ان كانت مثلية ، فلا ضرر بتبديلها بمثلها ، وان كانت قيمية فتعريفها للبيع يدل على ارادة قيمتها .

وتبعه في ذلك الاشكال جماعة واستحسنه شيخنا العلامة « قده » فلا تخلو المسألة عن غموض ، فقد يبنى على كون تلف العين في زمان الخيار مسقطاً للخيار وعدمه وأن التلف الشرعي كالتلف الشرعي كالتلف العقلي .

أما الاول : فالظاهر ابتنائه على أن الخيار هل هو عبارة عن استرداد العين أو ازالة العقد ، وعلى الاول : يتعين كون التلف مسقطاً ، لعدم امكان الاسترداد. وعلى الثاني : يتعين عدمه لبقاء العقد بحاله ، فتعيين أيهما لابد اما من الاخبار أو كلمات الفقهاء ، وحيث أن الاخبار مجملة وساكتة وكلماتهم مختلفة لابد من الحمل على القدر المتيقن وهو المعنى الاول ، اذ استرداد العين يستلزم ازالة العقد أيضاً لكونه

فسخاًفعلياً دون العكس .

وبذلك يندفع ما يتوهم من أن استرداد العين مما لاوجه لتعينه ، لانه مع ازالة العقد تحمل عليها الاثار وبدونها لا ثمرة لـه بل غير محلل لوضوح عـدم جواز استرداد مال الغير .

وجه الاندفاع : أن الاسترداد بنفسه ازالة للعقد وفسخ له بالفعل ، وأما ازالة العقد أعم من أن يكون حـاصلا بالفعل أو بـالقول . وكيف كان بناءاً على كونه عبارة عن استرداد العين يتعين القول بكون التلف مسقطاً للخيار وأما بناءاً على منع ذلك كان المرجع هـو الاصل العملي . ففي كونـه استصحاب الخيار أو استصحاب بقاء الملك وجهان مبنيان على كون الشك المزبور من قبيل الشك في الرافع نظراً الى اتحاد موضوعي مـا قبل التصرف وما بعده ، أو من قبيل الشك في المقتضي بناءاً على حصول المغايرة بينهما . وقـد عرفت في أمثال المقام أن المختار : الثاني ، وعليه يلزم العقد بالتصرف المزبور .

هذا وربما تتبنى المسألة على ما كان الخيار مستفاداً من الادلة الخاصة والاخبار المخصوصة كخيار المجلس والحيوان والشرط، أو مستفاداًمن أدلة لاضرر . وعلى الاول حيث يكون الخيار مجملا فلابد من الرجوع الى القدر المتيقن وهو استرداد العين ، ولازمه سقوط الخيار . وعلى الثاني يلزم القول بكون الخيار عبارة عـن أدلة العقد لعدم ارتفاع الضرر بمجرد تعذر زوال العين فلازمه بقاء الخيار .

ودعوى وهنه بعدم وجود الجابر مدفوعة بوجوده وعلم من ذلك أيضاً أنه اذا كان مستفاداً منهما لكون العبرة حينئذ بالجهة الاخيرة أيضاً فيبقى الخيار .

وهذا التفصيل يستفاد من الكتاب الأانه استثنى على تقدير استفادته من أدلة لاضرر ما اذا كان الخيار مشروطاً في ضمن العقد برد العين كما في خيار الشرط ونحوه فانه حينئذ يلزم العقد بتعذر الرد ، كما لايخفى .

وفيه : أن أشتراط رد العين في ضمن العقد انكان يرجع الى بقاء العين في جميع الحالات ، فلاريب في بطلانهلخروجه عن تحت القدرة والاختيار وانكان راجعاً الىاشتراط ثبوتالخيار عند التمكن من استرداد العين خاصة ، ففيه : أنه خارج عن الشروط العقلائية التيتجري علىمجرى النفع والغبطة ، اذمنالمعلوم كونه ضرراً على المشترط ، اذتضييق دائرة الخيار وانحصاره بوقت دون وقت للشارط كان ضرراً عليه فلا فائدة في هذا الشرط للمشروط له فائدة عقلائية فلم يشمله دليل الشرط ، وانكان يرجع الى بقاء العين بمعنى عدماتلاف الشارطفهو وان كان داخلا تحت قدرته الا أنه خلاف ماقصده المشروط له .

هذا كله في المبنىالاول، وقدعرفت اختلاف المقامات و أنالحق فيالمقام من جهة أن منأدلة الباب قاعدة لاضررالمجبورة في المقام بعمل الشهيد «قدست روحه السعيدة » هو أن التالف ليس مسقطاًللخيار ، فلازمه أن الخيار عبارة عن ازالة العقد ، وهويكون ولومع تلف العين .

وأما المبنى الثاني ، أعني أن التلف الشرعيكالتلف العقلي :

فالظاهر قيام الاجماع على ذلك ، فالمتبعبعد ملاحظةهذا التنزيل والتفصيل المذكور هو الحكم بكون الخيار هاهنا عبارة عن ازالة العقد لاستناده الى أدلة نفي الضرر، نعم بملاحظة وهنها لورودكثرة التخصيص وعدم جابر لها فيالمقام لوقلنابعدمكفاية عملالشهيد «قده» في الجبرلامحيصعنقول الاكثرالذي استدل له تارة : بأن الخيار عبارة عن رد العين وعدمه فاذا تعذر أحد فردي المخير فيه تعين الاخر .

فيه : أنه منقوض باتلاف الغابن لامتناع استرداد العين هناك مع أنه ليس قول بالسقوط هناك. والفرق أنه من غير ذي الحق بخلافه هنا مدفوع بأن تصرف ذي الحق في حال الجهل كتصرف غيره فلا يعد اقداماً ولاكاشفاً عن الرضا .

و محلول : بأن الخيار هو التخيير بين الرد وعدمه ، اذا قلنا بأن متعلقه هو العين وأما اذا قلنا بأن متعلقه هو العقد ـ كما هو التحقيق ـ فلابد من القول بأنه تخيير بازالة العقد وعدمها ، فلا أقل من الشك ، فيكفي في رد الاستدلال .

وأخرى باطلاق معقد اجماعهم على كون التصرف في زمن الخيار من له الخيار مسقط له وشامل للمقام أيضاً .

فيه : أنه غير ثابت الا في صورة علم من له الخيار، لكشفه حينئذ عن اسقاطه الخيار فلايجري في صورة الجهل . هذا كله في تصرف المغبون وأنحائه .

(المسألة الثالثة) فيما لو تصرف الغابن ، وهو أيضاً على أنحاء ، لانه لايخلو اما أن يكون ناقلا بأن أخرج العين عن ملكه بالبيع أو الوقف والعتق أو مانعاً عن الرد كالاستيلاد أو التصرف بالمغير بالزيادة والنقيصة حسبما يأتي تفصيله . ولااشكال في عدم كون تصرفاته الغير الناقلة مسقطة لخيار المغبون ، بل كذلك في الناقلة أيضاً على ماهو التحقيق، بل في الكتاب : فالظاهر أنه لاوجه لسقوط خيار المغبون وان كانت هذه العبارة لاتخلو عن نوع تسامح ، لانه ان أراد بذلك عدم ثبوت الوجه في اسقاط التصرفات الغير الناقلة فلاوجه لدعوى الظهور، بل هو مقطوع به، وان أراد به عدم ثبوته في التصرف الناقل فلاريب في جريان الوجه المتقدم في كلام العلامة المحكي عن « التذكرة » من أن الخيار لاجل استدراك العين واذا انتفى ولو بالتلف الشرعي انتفى الخيار ، وكون التلف ممن له الخيار كما في السابق أو ممن عليه الحق لاتفاوت بينهما في ذلك .

وكيف كان ، المتعين هو عدم سقوط الخيار لالعدم جريان الوجه أصلا بل لاجل جريان قاعدة لاضرر المنجبرة في المقام بعمل الاصحاب بلا كلام وارتياب بخلاف المسألة السابقة لعدم انجبارها فيها ، وهذا هو الفارق بين المقامين. وحينئذ فلو فسخ المغبون ووجد العين خارجة عن ملكه لزوماً بأن أعتق الغابن أو وقف

أو باع ففي بطلانه أي بطلان تصرفات الغابن من أصله كالمرتهن أو من حينه كالشفيع او رجوعه الى البدل وجوه :

واستدل للاول ـ وان لم يكن له قائل ـ بما في «الجواهر» والكتاب : أن وقوع العقد في متعلق حق يوجب تزلزله من رأس ، كبيع الرهن ، فاذا فسخ بطل من أصله . وبتقرير آخر : أن حق الغير كملكه ، فكان التصرف في ملك الغير يوجب بطلانه فعلا بحيث يحتاج نفوذه الى اجازة منه ، فان أجاز فهو والا يبطل من أصله .

وللثاني بوجوه ثلاثة : أحدها : ما أشار في «الجواهر» بما حاصله : أن الشراء الثاني متفرع على الشراء الاول ، فكما أن الاول صحيح غير لازم كذلك الثاني . وثانيها: ما أشار اليه في الكتاب: بأن الجمع بين حقي المغبون والغابن يقتضي الحكم بالصحة دون اللزوم ودون البطلان . وثالثها : فيه أيضاً لكن في أحكام الخيار بما حاصله : أن الشراء الثاني متفرع حدوثاً وبقاءاً على الاول ، فاذا زال الاول بالفسخ فلا وجه لبقائه ، ولعل ذلك يرجع الى مافي «الجواهر».

وللثالث أيضاً بوجوه ثلاثة : أحدها: مافي «الجواهر» من أن مقتضى الجمع بين مايقتضي بقاء الخيار وبين عموم أدلة لزوم العقد هو الحكم بصحته ولزومه بالنسبة الى العين دون البدل فيرجع اليه . وثانيها : في الكتاب : من عدم تحقق الخيار قبل ظهور الغبن على وجه يمنع من تصرف من عليه الخيار ، كما هو ظاهر جماعة . وثالثها : ما أشار فيه أيضاً: من أن تصرف من عليه الخيار في زمن الخيار صحيح لازم ـ كما سيجيء في أحكام الخيار ـ .

ويرد عليه : أنه مصادرة بينة، اذ الكلام أن الحق السابق هل يمنع من نفوذ هذا التصرف ممن عليه الخيار أم لا ؟ ومقايسته بالتلف الحقيقي ممنوع لانه لايمنع المانع الشرعي عن التلف الحقيقي ، بخلاف التلف الشرعي بوجود المانع

الشرعي فيمنع ، وهو سبق حق الغير كما هو واضح .

وعلى ما قبله: بابتنائه على مذهب سخيف من حدوث الخيار عند تبين الغبن لان الحق أن ظهور الغبن كاشف لاسبب شرعي .

وعلى ما قبله : أن الجمع بين دليل الخيار ودليل اللزوم فرع تحقق التعارض بينهما ، وهو مفقود ، لان أدلة الخيار مخصص لادلة اللزوم ومقدم عليها مضافاً الى أن بعضها ـ كقاعدة لاضرر ـ حاكم عليها .

ويرد على ما قبله من الوجه الاخير من الوجوه الثلاثة للاحتمال الثاني بما أجابه «قده» بعد نقله ، وحاصله : منع توقف الشراء الثاني على الشراء الاول حدوثاً وبقاءاً بمعنى منع توقف بقائه على بقاء الاول ، بل حدوثه وبقائه معاً متوقفان على حدوث الاول . وعلى ما قبل سابقه من الوجه الاول : أن اللازم اثبات صحة الثاني وكونه على نحو الجواز، وما ذكره لايثبت الصحة ، لانه أول الكلام . نعم لو فرغنا من صحته نقول بالجواز للتبعية، وأما اذا احتملنا البطلان من أصله فلا تبقى له صحة أصلا حتى نقول بالتبعية ، ومقايسة الثاني للاول في كونه صحيحاً غير لازم .

نعم، التحقيق من تلك الوجوه هو الوجه الثاني كما أفاده شيخنا العلامة الانصاري «قده» اذ الجمع بين قاعدة (سلطنة الناس على أموالهم) وبين قاعدة (لاضرر) الدالة على وجوب مراعاة حال ذي الخيار وذي الحق هو الحكم بصحة العقد الثاني على نحو التزلزل وثبوت الخيار لذي الحق لعدم اقتضاء وجوب مراعاته الحكم ببطلانه من أصله ، اذ قاعدة (لاضرر) لا تفيد أزيد من ثبوت الخيار كما هو واضح .

ومن هنا يظهر لك في الوجه المذكور للوجه الاول ، اذ مجرد كون الشيء متعلقاً لحق الغير لايمنع من نفوذ تصرف غير ذي الحق ، ومقايسته بالتصرف في

ملك الغير باطل ، لاشتراط الملكية بقوله: لابيع الا في ملك . وأما خلوص الملكية عن التشبث بحق من حقوق الغير فلا يثبت اشتراطه ، فيصح ، كعقد الشفيع لانه ملكه خياراً الالزوماً بقاعدة لاضرر ، ومقايسة ذلك ببيع الرهن باطل ، لوجود الفارق، لانه قد ثبت النهي على ذات المعاملة المقتضي للفساد هناك كقوله: (الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف) . هذا كله في تصرفات الغابن تصرفاً ناقلا عن الملك .

وأما اذا تصرف تصرفاً مانعاً عن الرد ، كالاستيلاد ، فهل يحكم بعدم تأثيره وجواز استرداد المغبون العين ، أم ليس له الا السلطنة على الفسخ وأخذ البدل دون العين ؟ وجهان بل قولان : من ملاحظة سبق حق المغبون ، فلا يؤثر الاستيلاد أثره، ومن تحكيم أدلة الاستيلاد وقاعدة السلطنة على الاموال على الادلة الدالة على لزوم مراعاة حق المغبون فيحكم بأخذ البدل نظير ما عنون في كتاب الرهن فيما اذا استولد الراهن الامة المرهونة من تقديم حق المرتهن ، فلا يؤثر الاستيلاد أثره ومن تحكيم أدلة الاستيلاد ، بل أضيف هناك التفصيل بين الاذن وعدمه وبين الايجاز وعدمه .

فالتحقيق أن يقال : يقع التعارض هنالك بين أدلة (لاتباع الامة المستولدة) وبين أدلة (تباع العين المرهونة) والنسبة عموم من وجه ولاترجيح وان قيل بترجيح الاول نظراً الى تقديم حق المالك والاستيلاد . والثاني نظراً الى سبق المرتهن . الا أن الانصاف انتفائه ، فيتساقطان ويرجع الى أصالة اللزوم بمعنى العمومات الدالة على صحة بيع المرتهن ولزومه فيبطل الاستيلاد حكماً لاموضوعاً، وكذلك في المقام يقع التعارض بين أدلة الاستيلاد الدالة على عدم جواز استرداد المغبون وبين أدلة لاضرر المقتضية للخيار وسلطنة المغبون على الاسترداد على نحو العموم والخصوص من وجه ولاترجيح وان قيل كما تقدم هنا أيضاً لعدم صلاحية ما قيل لترجيح أحدهما لمكان التعارض في الترجيح فيتساقطان فيرجع الى استصحاب بقاء ملك الغابن فيحكم بالرجوع الى البدل جمعاً بين الحقين .

الا أن يقال : ان قاعدة لاضرر مقدمة على أدلة الاستيلاد نظراً الى حكومتها عليها وعلى سائر الادلة عند التعارض فيصير الاقوى حينئذ هو بطلان الاستيلاد والرجوع الى العين المستولدة . هذا كله في حكم الاستيلاد .

وأما العتق ، أي عتق الغابن : فانه أيضاً من التصرفات المانعة عن الرد ، فهل يصح هنا حتى يرجع الى البدل ، أم لا ، حتى يرجع بالعين ؟ وجهان بل قولان : من كون العتق مبني على التغليب ، ومن سبق حق المغبون وأن العتق من الايقاعات التي يعتبر فيها القربة ، فلا يخلو من اشكال كما ذكر نظير ذلك في الراهن فيما اذا أعتق الراهن العبد المرهون ، قال في « الشرائع » : فيه تردد ، وان اختار أخيراً الجواز .

وجه التردد أشار اليه بعض شراحه من ثبوت التعليق ومن أن المانع هو حق المرتهن وقد زال بالاجارة منه . وأجاب عن ذلك في « المسالك » : بأنا نمنع منافات التوقف المذكور للتخيير كغيره من العقود التي يشترط فيه ذلك أيضاً ، فان التوقف المذكور الممنوع هو توقف المقتضي على شرط ، لاعلى زوال مانع.

أقول : أراد « قده » بذلك أن الدليل الدال على بطلان التعليق في العقود والايقاعات انما هو الاجماع ، وهو مجمل لااطلاق فيه فيقصر على المتيقن وهو التعليق على الشروط لاعلى عدم المانع ، وما نحن فيه من الاخير فيؤثر المقتضي ـ أعني ايقاع العتق ـ أثره الا أن هذا مبني على كون المانع هو رد المرتهن وفسخه دون الحق بنفسه ، والا فهو ثابت حين العقد . فالمسألة على مقتضى كلامه « قده » مبنية على كونه هو مجرد ثبوت الحق أو التشبث به برد التصرف المنافي له ، وحيث ما قلنا سابقاً في الفروع المتقدمة بعدم مانعية مجرد ثبوت الحق وانما المانع هو الاخذ به والتشبث به فلا جرم يلزم علينا القول بصحة التصرفات بأسرها وثبوت الخيار لذي الحق بالنسبة الى العين في كلا المقامين .

فتلخص : أن المختار في جميع الفروع المذكورة وفاقاً لشيخنا في « الجواهر » هو ثبوت الخيار بالنسبة الى العين خلافاً لما يستفاد من الاكثر حيث أنهم بنوا على ثبوت الخيار مطلقاً بالنسبة الى البدل .

ثم أنه لو قلنا بتعين أخذ البدل ـ على ماذكره القوم ـ يتولد هنا فرع آخر وهو أنه لو زال المانع بأن رجعت العين الى ملك الغابن أو مات الولد ففي الحكم بوجوب رد العين مطلقاً ، أو الحكم بالانتقال الى البدل مطلقاً ، أو التفصيل بين زوال المانع قبل الفسخ وبين زواله بعده لوجوب رد العين فى الاول والبدل في الثانى أو التفصيل بين زوال المانع قبل الفسخ وبين زواله بتعين العين في الاول ، والبدل في الثاني ، أو التفصيل بين الاستيلاد وبين البيع بالانتقال الى البدل في الثاني ورد العين في الاول ؟ وجوه كلها مستفادة من الشهيد الثاني في « المسالك » وكذلك في « الروضة » الا الاخير منها ، حيث عبارته في « المسالك » واضحة . وفي « الروضة » غير خالية عن الاجمال لابأس بذكرها :

قال في « الروضة » : وان زال المانع قبل الحكم بالعوض ، بأن رجعت الى ملكه أو مات الولد أخذ العين مع احتمال العدم لبطلان حقه بالخروج فلايعود ، ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه الى العين وجهان من بطلان حقه من العين وكون العوض للحيلولة . انتهى .

فان الحكم في كلامه محتمل لاحتمالات ، أحدها : أن يكون المراد منه الفسخ وان كان يأباه قوله بالعوض الا أن مجموع قوله يصير كناية عن الفسخ . وثانيها : أن يكون المراد الحكم الصادر من الشارع بعد الفسخ . وثالثها : أن يكون المراد حكم الحاكم .

ولايخفى أنه لامدخلية لحكم الحاكم بالنسبة الى المبحوث عنه في المقام ، اذ ليس المقام مقام الترافع والتنازع حتى يحتاج الى حكم الحاكم ، فلا وجه لهذا

الاحتمال الاخير ، وكذلك الثاني لما أشار في « الجواهر » أنه لايعقل للحكم بالعوض بعد الفسخ معنى يترتب عليه ، بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخص ما للفاسخ من العين أو البدل .

وهذا هو السر في أن شيخنا العلامة الانصاري « قده » ـ وفاقاً لغير واحد ـ عنون المسألة بالفسخ من دون ذكر الحكم ، وفصل بين كون زوال المانع قبل الفسخ أو بعده بالرجوع الى العين في الاول والى البدل في الثاني ، وان كان فيه كلام ستسمعه انشاء الله .

مضافاً الى أنه يرد على تعليله لاحتمال عدم الرجوع الى العين بقوله: لبطلان حقه بالخروج بأن العلة أخص من المدعى، اذ هو عام بما خرج عن ملك الغابن كالبيع وبما بقي في ملكه ، ولكن طرأ المانع عن الرد كالاستيلاد الا أن يريد من الخروج أعم من الخروج عن أصل الملك أو عن ملكه القيمي . ويشهد بذلك أنه لم يقل بالخروج عن الملك ، وكذلك يرد على تعليل احتمال الرجوع الى العين بكون العوض للحيلولة مما قرر في محله أن البدل للحيلولة انما هو فيما اذا بقيت العين في ملك مالكها ، ولاشبهة في خروجها عن ملك مالكها في المقام. وكيف كان ففي استحقاق العين أو البدل وجوه في المقام عند زوال المانع :

أولها : استحقاق العين مطلقاً لان الفسخ عبارة عن استرداد العين فهو ممكن مطلقاً ، لان زوال المانع لو كان قبل الفسخ ، فواضح وبعده كذلك أيضاً لان استحقاق البدل انما هو من جهة الحيلولة فارتفعت بزوال المانع .

ثانيها : استحقاق البدل مطلقاً لبطلان حق المغبون عن العين بخروجها عن ملك الغابن ، فتعلق حقه بالبدل ، فلاتعود بزوال المانع .

ثالثها : استحقاق العين لو زال المانع قبل الفسخ، والبدل لو زال بعده . وجهه واضح لان المغبون حين الفسخ وجدت العين فيستردها في الاول و تعلق بالبدل

لو لم يجد العين باقية عندالفسخ .

رابعها : استحقاق العين قبل أخذ العوض والبدل عند أخذه ، فلا يتبدل ما أخذه الى العين ثانياً ، لان أخذه البدل كأنه معاوضة جديدة لازمة .

وخامسها : استحقاق العين قبل الحكم بالعوض والبدل بعده . ولعل المراد من الحكم بالعوض هو الفسخ لبطلان المعنيين الاخيرين ...

في مسقطيعة التصرفات المسقطه لسائر الخيارات هذا الخيار

تصرف المغبون بأحد التصرفات المسقطة لسائر الخيارات هل هو مسقط أيضاً لهذا الخيار أم لا ؟

اعلم أن التصرف اما أن يكون في المبيع أو في الثمن أو فيهما ، من الغابن أو من المغبون ، مع العلم بالغبن أوقبله ، بالتصرف المخرج عن الملك لازماً كان أوجائزاً ، أوالمغير للعين زيادة أو نقيصة ، وغيرذلك ممايرتقي الى أزيدمن مأتين وقدذكر بعضهم الى ثلاثمأة والاخر أزيد من ذلك ولعلنا نشير فيما بعد ، و نحن نسلك الكلام على سياق ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري وترتيبه ، فقدم تصرف المغبون بعد علمه بالغبن على وجه الاجمال و ذكر مايدل على السقوط و البقاء ، فلابد من بيان تأسيس الاصل أولاثم بيان أدلة الطرفين .

فنقول : قدبينا في أنه اذاشككنا في لزوم العقد وجوازه : الاصل اللزوم، كما أنه اذا شككنا في طرو الخيار وعروضه في العقد الخاص بعد العلم بثبوته في الجملة بحسب الشرع : الاصل اللزوم أيضاً لعدم حصول أسبابه عندالشك . وأما الشك في سقوط الخيار بالتصرف فهل يوجب التصرف ورفعه وزواله أم لا ؟ وجهان مبنيان على أن الشك في سقوط الخيار بسبب التصرف شك في الرافع بمعنى أن مقتضى الخيار موجود والدليل الدال على الخيار عام شامل لكل حالات العقد،

وانما يقع الشك في أن التصرف يرفعه أي يرفع عموم الخيار في ذلك الموضوع، أو أنه بمعنى أن التصرف يجعل العقد موضوعاً آخر لمقتضى الخيار ، ودليله انما يختص بموضوع العقد قبل التصرف فكان العقد قسمان وموضوعان أحدهما قبل التصرف والاخر بعده .

فعلى الاول لا اشكال في جريان استصحاب الخيار، لان الموضوع ـ أعني العقد ـ واحد ، والتصرف وعدمه لايجعلانه متعدداً، نعم يمكن أن يكون للتصرف أثر في الشرع رافع للخيار عن ذلك العقد، فحيث نشك في ذلك يستصحب الخيار لان الاصل عدم طرو الرافع وعدم كون التصرف رافعاً بل مع قطع النظر عن هذين الاصلين يحكم بالخيار أيضاً لشمول دليله .

وعلى الثاني: لامجرى للاستصحاب لتعدد الموضوع، فان العقد بعد التصرف موضوع مغاير لما قبل التصرف وان قلنا بحجية الاستصحاب في الخيار لمانقول بثبوت الخيار فيما بعد التصرف، لان الاستصحاب انمايجري في موضوعه و بعد التصرف غير موضوع سابقه .

بعبارة أخرى : ان قلنا بالتنويع بسبب التصرف أي العقد قبل التصرف نوع وبعده نوع آخر فالخارج عن تحت العمومات الدالة على اللزوم هو العقد قبل التصرف ، وأما العقد بعد التصرف يبقى تحت العمومات فيشمله عموم (أوفوا) فلايبقى حينئذ استصحاب الخيار لانه انمايجري في موضوعه . وبهذا أشار شيخنا العلامة الانصاري بقوله : فتأمل ، حيث أنه قال : الا أن يقال : أن الشك في الرفع لا الدفع فيستصحب بحجية الاستصحاب عند الشك في الرافع وليس هذا من قبيل الشك في الدفع. ثم قال: فتأمل، أي بناءاً على التنويع لايجري الاستصحاب لان الخارج المعلوم هو العقد قبل التصرف، والعقد بعد التصرف مشكوك من أول الامر فيرجع الى عمومات اللزوم وبهذا يمكن أن يقال : أن الشك في المقتضي والاستصحاب

لبس بحجة عند الشك في المقتضي .

هذا وقد يستدل على سقوط الخيار بوجوه : منها ـ عموم الاية الشريفة كقوله (أوفوا بالعقود) بناءاً على التنويع والخارج منه عقد المغبون قبل تفرقه وبعد التصرف نشك في خروجه فيشمله العموم .

ومنها : منصوص العلة الوارد في خيار الحيوان المستدل به في كلماتهم على سقوط الخيارات ، وهو كون التصرف رضا بالعقد .

ومنها : اطلاق بعض معاقد الاجماع على أن التصرف من ذي الخيار فيما انتقل اليه مسقط لخياره . واستدل أيضاً على بقاء الخيار بوجوه :

منها : دليل نفي الضرر ، فان القول بلزوم العقد بمجرد تصرف المغبون ضرر عليه فهو منفي كما أن ثبوت أصل الخيار للمغبون يثبت بقاعدة نفي الضرر كذلك يثبت بعد تصرفه أيضاً لعدم الفرق في مجيىء الضرر على المغبون في الصورتين وما أورده شيخنا العلامة الانصاري « قده » من أن نفي الضرر غير جار مع الرضا بالعقد مدفوع : بأن محل الكلام في التصرف الذي هو كاشف نوعي عن الرضا دون التصرف الذي يعلم معه الرضا فانه لا كلام ولا اشكال في أن التصرف الذي يقترن بالرضا على العقد جزماً مسقط للخيار كما أنه لا اشكال في أن التصرف الخالي عن الرضا ليس بمسقط الا على القول بالتعبد وقد عرفت سابقاً بطلانه ، لان التصرف الصادر عن ذي الخيار مع تصريحه بعدم رضائه على سقوط حق خياره لم يثبت من طريق العقل ولا النقل على كونه مسقطاً .

وكيف كان ، محل الكلام هنا في التصرف الذي يكشف عن الرضا نوعاً وهو يجتمع مع الشك بالرضا ومع ذلك كيف يقال بعدم مجيىء قاعدة لاضرر لمكان الرضا ، ضرورة أنه لم يعلم ثبوت رضا المتصرف المغبون على سقوط حق خياره كما هو واضح .

ومنها: اطلاق معاقد اجماعهم على أن للمغبون خياراً الشامل لصورة التصرف وعدمه .

ومنها : اجماعهم المحقق الفعلي على أن هـذا الخيار لايسقط بالتصرف .
ويردهما بأنهما ليسا بثابتين ، والاولى أن يجاب عن الاول : أن اجماعهم على ثبوت الخيار للمغبون انما هو مهمل ليس بناظر الى حال المسقطات كما هو الشأن في سائر الخيارات المجمع عليها ، فقولهم على ثبوت الخيار للمغبون انما هو من حيث الغبن وكونه سبباً للخيار لامن حيث المسقطية بحيث ليس له مسقط أصلا.
وعن الثاني : بتسليم الاجماع ومنع شموله للتصرف الواقـع بعد العلم بالغبن ، بل انما يختص التصرف الغير المسقط في كلامهم بما قبل ظهور الغبن ، اما في باب ظهور كلماتهم وانصرافها في ذلك أومن جهـة أن الاجماع دليل لبي يقتصر على القدر المتيقن منه .

وكيف كان فالظاهر عند شيخنا الاستاذ العلامة « دام مجده » هو سقوط الخيار لامكان العمومات الدالة على اللزوم كآية (أوفوا) لانها محكومة بقاعدة (لاضرر) فدليل نفي الضرر مقدم عليه ، وماعرفت من شيخنا العلامة « قـده » من الجواب عليه من أنه لايجري في صورة الرضا، عرفت جوابه بأن المفروض عدم التزامه وعدم رضائه بالبيع . نعم لوعلم الالتزام والرضا فلااشكال فيه كما سمعت ولالمكان اطلاق بعض معاقد الاجماع، لان قيام الاجماع في مسألتنا هذه في مسقطية التصرف غير معلوم بل ممنوع وكذلك قيام الاجماع على أن التصرف مسقط للخيارات على نحو الاطلاق ممنوع ليس له أثر فيما رأيناه .

نعم المحكي عن « المبسوط » و «التنقيح» فتواهم على ذلك بأن التصرف مسقط للخيار في جميع الخيارات ولكن لم ينقل منهما ولا من غيرهما دعـوى الاجماع بذلك حتى يكون اجماعاً منقولا وبذهابهما الى السقوط لاتصير المسألة

اجماعية ، بل الذي قام الاجماع عليه انما هو في بعض الخيارات ، كخيار الشرط والمجلس حيث أن الظاهر قيام الاجماع على أن التصرف مسقط للخيار فيها على ماحكي بل لمكان العلة المستفادة من النص في خيار الحيوان ولايبعد العمل بها حيث ليس لها معارض وليس شيء دليلا على بقاء الخيار يمكن أن يعتمد عليه ، على خلاف عموم العلة ، فان دليل بقاء الخيار حسبما عرفت اماهو اطلاق الاجماعين وقد عرفت حالهما .

وأما دليل نفي الضرر فهو محكوم للعلة المنصوصة اذ المستفاد من النص تنزيل التصرف منزلة الرضا بقوله (فذلك رضا منه) هذا بمنزلة الصغرى ، فاذا انضمت اليها الكبرى ، أعني كل ماكان رضا منه يصير العقد لازماً وينتفي جريان قاعدة لاضرر حينئذ لان نفي الضرر يسقط قطعاً في مورد الرضا كالاقدام ، فدليل الرضا أوما هو بحكم الرضا حاكم على دليل نفي الضرر حسبمالايخفى .

نعم الذي ينبغي أن يقال هو قصور النص الوارد في الحيوان عن الدلالة بذلك لتطرق الاحتمالات الاربعة أو الخمسة فيه على ما فصلناه . ولكن الظاهر و عمل الاصحاب هو استفادة العلة واستنباطها منه ، فاذاً لانضايق عن العمل بذلك النص مع عدم وجود شيء يصلح للمانعية لانه محصور في المقام في الاجماع ودليل نفي الضرر واستصحاب الخيار .

أما الاجماع فقد ظهر لك مافيه. وأما دليل نفي الضرر مع ماعرفت من تقديم النص عليه مما يحتاج العمل به الى الجبر وهو منتف في المقام ، وأما الاصل فقد عرفت أن الشك فيه شك في المقتضي فلا يجري استصحاب الخيار بعد التصرف فثبوت مقتضى الخيار لمابعد التصرف غير معلوم ، بل يختلف حكم العقد باختلاف حالتي التصرف وعدمه ، فالشك حينئذ في الرفع كما أشار اليه شيخنا المرتضى بقوله : فتأمل. في «الكتاب» . نعم لو كان الشك في الرافع كان حسناً .

وقد أورد هنا بعض الأساطين رداً على شيخنا العلامة الانصاري «قده» بما حاصله : أن ابتناء المسألة على الشك في الرفع أو الدفع لافائدة له في المقام ، بل الحكم هو سقوط الخيار سواء كان الشك في الرفع أو في الدفع . واستدل بذلك أن الخيارعبارة عن السلطنةعلى امضاء العقد وامساكه وعلى فسخه،ومعلوم أن المغبون بمجرد تصرفه أمسك العقد وأمضاه ، فلا خيار له بعد امضاء العقد .

فيه : أولا ـ أن الخيار ليس معناه السلطنة على الفسخ والامضاء بل هوعبارة عن السلطنة على الفسخ والقدرة عليه كما حققناه في أول مسألة الخيار ، فان بقاء مفاد العقد لاحاجة الى الامساك والامضاء بل انما هو من مقتضى نفس العقد والخيار انما هو حق مجعول لازالة مقتضاه ، فالخيار ليس هذا والانفس الرضا على العقد ليس من طرفي الخيار وليس بمسقط للخيار من حيث هو الا أن يرجع الى اسقاط حقه ، اذ لا منافاة بين الرضا بالعقد وبين دليل الخيار وثبوته له .

وثانياً ـ مع الغض عن ذلك ، أنه خروج عن محل النزاع ، اذ الكلام في التصرف الذي لم يعلم منه الرضا الفعلي على امساك العقد وامضائه ،وأما التصرف الذي علم منه امضاء العقد والرضا به مسقط ظاهراً من غير خلاف كما أشرنا اليه .

هذا كله فيما بعد ظهور الغبن ، وقد عرفت أن الظاهر سقوط الخيار بالتصرف سواء كان مخروجاً عن الملك أم لا .

وأما قبله ـ أي قبل العلم بالغبن : لااشكال في أن التصرف الذي لايخرج عن الملك لايسقط الخيار ، للاجماع المحقق بذلك ولقاعدة لاضرر ، وأما التصرف المخرج عن الملك كالبيع والعتق ، ومثله التصرفات المانعة عن الرد كالاستيلاد والاجارة والتحبيس فيه اشكال بل خلاف . والمشهور بين المتأخرين أن التصرف المخرج عن الملك مسقط للخيار ، وأما المتقدمين: ليس لهم في ذلك تصريح

عدا الشيخ في خيار المشتري مرابحة عند كذب البائع أنه لو هلكت السلعةأو تصرف فيها سقط الرد. الخ . بناءاً على اتحاد خيار الغبن مع خيار ظهور كذب البائع .

ولكن المصرح به في كلام المحقق ومن تأخرعنه هوذلك حيث قالوا لايسقط هذا الخيار ـ أي خيار الغبن ـ بالتصرف اذا لم يخرجه عن الملك أو يمنعه مانع من رده ، واستثنائهم التصرف المخرج عن الملك تصريح منهم على كونه مسقطاً للخيار .

وذهب بعض مشائخنا الى عدم كونه مسقط لاستواء المستثنى والمستثنى منه في الحكم بعدم السقوط كما أطلق العلامة «قده» في «الارشاد» ، فقال : لايسقط خيار الغبن بالتصرف من غير استثناء شيء منه على خلاف ما صرّح به في «القواعد» و«الشرائع» بل صرح في «اللمعة» على التنظير على مقالهم . وكيف كان المشهور عن الشهيد الثاني هو سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن الملك . وذهب اليه المحقق والعلامة في «الشرائع» و«القواعد» والشهيد في غير «اللمعة» وأول عبارة ممن خالف في ذلك ـ مما رأينا ـ هو اطلاق كلام العلامة في «الارشاد» وتصريح الشهيد في «اللمعة» ، ثم تبعه في «الروضة» حيث قال : وهذا الاحتمال متوجه لكن لم أقف على قائل به . الخ .

وحينئذ الذي ينبغي أن يصار اليه هو ما ساعدعليه الدليل ، فلابد من التكلم فيه . وقد يقال : أن هذه المسألة مبتنية على مسألة أن التلف مسقط للخيار أم لا ؟ فان لم نقل بأن التلف مسقط فيصير الحكم بعدم مسقطية التصرف المخرج بطريق أولى لان بقاء الخيار مع بقاء العين ، وان حصل فيها التصرف أولى من بقائه مع تلفها ، وأما ان قلنا بايجاب التلف لسقوط الخيار فيصير ايجاب التصرف المخرج السقوط مبنياً على أن التلف الشرعي كالتلف العقلي أم لا ؟

فحينئذ ربما يقال ـ رداً على مقالة المشهور ـ : أن تلك المسألة ـ أعني عدم سقوط الخيار بالتلف ـ قاعدة مسلمة عندهم كما أشرنا اليه فى أول خيار الحيوان حتى عبّر بعضهم عن ذلك ـ على ما أظن ـ بقاعدة تلف العين لايسقط الخيار ، وبعضهم الاخر : أن قاعدة التلف اتفاقية ، فان الخيار عبارة عن القدرة على فسخ العقد . ومعلوم أن العقد بعد تلف العين قابل للفسخ أيضاً ولذا تشرع الاقالة حينئذ اتفاقاً.

فبعد تلف العين لامزيل لهذه السلطنة على الفسخ وليس في البين مقيد لها بصورة بقاء العين ، فاذا ثبت الخيار في مورد فهو باق حتى يثبت مسقطه ومزيله أو يكون الخيار مقيداً بزمان أو حال فعند التلف حيث لامزيل ولامقيد بالبقاء وجب الحكم بثبوت الخيار ، فكذلك الحال في المقام فان التلف اذا لم يكن منافياً لبقاء الخيار الذي هو عبارة عن ملكية الفسخ كذلك التصرف المخرج بطريق أولى.

ويندفع ذلك : بأن تلك القاعدة مسلمة لكن بشروطها ، فاذا انتفى أحد ها كما في أمثال المقام فلم يحكم ببقاء الخيار فانا اذا فرضنا في مورد كما في خيار الغبن أن دليل الخيار معنون بجواز رد العين والاسترجاع ان شاء المغبون لم يكن من مجاري تلك القاعدة ، لان تلف العين مناف لما ثبت من الدليل ـ أعني جواز الرد واسترجاع العين ان شاء ـ الذي عبرنا عن ذلك بالخيار .

ومعلوم أن هذا المعنى من الخيار مناف بقائه مع التلف ، نعم القاعدة مسلمة كما قال العلامة «قده» وغيره من الاصحاب : لايسقط الخيار بتلف العين اذا اجتمعت شروطها ، فانهم وان لم يصرحوا بتلك الشروط الا أنه يستفاد من طيّ كلماتهم وتلويحاتهم .

فمنها : كون التلف بعد القبض، وان كان قبل القبض ليس من مجاري تلك القاعدة .

ومنها : عدم كون الخيار مختصاً بمن تلفت العين عنده، والايصير من مجاري

أن التلف في زمن الخيار على من ليس له الخيار فيوجب انفساخ العقد .

ومنها : عدم جعل الخيار لدفع ضرر الصبر على نفس العين والا ـ أي ان كانت العلة في الخيار ضرر الصبر على العين ـ فيسقط الخيار بتلف العين كمافي العيب، فان الصبر على العيب ضرر ولو مع أخذ الارش فتداركه الشارع بملك الفسخ والرد ، فاذا تلفت العين انتفت حكمة الخيار حينئذ .

ومنها : كون دليل الخيار مغبوناً على الخيار وفسخ العقد مثلا ، كما في قوله : البيعان بالخيار مالم يفترقا ـ في خيار المجلس ـ ، وصاحب الحيوان بالخيار ـ في خيار الحيوان ـ وغيرهما ، والا بأن كان مغبوناً على جواز الرد فقط اختص ثبوت الخيار بصورة تحقق الرد المتوقف على بقاء العين .

ومنها: مالم يكن الخيار مجعولا للمتعاقدين على فرض تعلق غرضهما على رد العين كما في بيع الشرط والا بأن جعل المتعاقدان في اشتراط الخيار على وجه ارادتهما التسلط على مجرد الرد المتوقف على بقاء العين فلا خيار ولافسخ بعد تلف العين . فان الفسخ فقط وان لم يتوقف على بقاء العين الا أنه اذا فرض غرض المتعاقدين ـ من اشتراط الخيار ـ هو خصوص الرد والاسترداد، فيختص الخيار بصورة بقاء العين والتمكن من الرد .

فهذه شروط خمسة لجريان تلك القاعدة ، والجامع لها ثبوت الخيار عند التلف في موضع دل الدليل على بقاء الخيار ، وهذا انما يكون اذا استفدنا من الدليل الدال على الخيار أن الخيار بمعنى ملك فسخ العقد والقدرة على ازالته، فحيث ثبت من الدليل ذلك نلتزم حينئذ بأنه لايسقط بتلف العين .

واما اذا لم يثبت من أدلة الخيار من الاخبار والاجماع الا التسلط على رد العين لم يحكم بالفسخ مع التلف ، لان الخيار لم يعلم كونه عبارة عن ارادة ملك الفسخ

في لسان الشارع ، بل ارادة ملك الفسخ من الخيار انما هو في لسان المتأخرين ـ كما قال شيخنا العلامة «قده» في آخر الخيارات عند الاشارة الى تلك القاعدة[١] .

والحاصل : ان دل الدليل الشرعي على ثبوت خيار الفسخ المطلق الشامل لصورة التلف فنلتزم به ، وان دل الدليل على ثبوت الخيار بمعنى جواز الرد المختص ببقاء العين كما في العيب والتدليس وخيار الشرط في بيع الشرط وخيار الغبن على خلاف وتردد في بعضها لانلتزم ببقاء الخيار ، وان كان الدليل مجملا غير مستفاد منه أحد منها فيصير مورد التردد ، فلايكون مورداً لقولهم : ان تلفت العين لايسقط الخيار ، فلابد من التوقف والرجوع الى الاصول والقواعد .

وما نحن فيه من خيار الغبن من جهة أن مقتضى تعليلهم لعدم الخيار عند نقل المغبون العين عن ملكه بعدم امكان الاستدراك حينئذ عدم الخيار . فالقدر المتيقن من الاجماع على ثبوت الخيار للمغبون انعقاده على التسلط على الرد فيختص بصورة بقاء العين فيسقط الخيار عند التصرف المخرج عن الملك والتلف[٢] . ومن جهة أن مقتضى نفي الضرر عدم الفرق بين بقاء العين وعدمه فيحتمل بقاء الخيار مع تلف العين أيضاً ، مضافاً الى استصحاب الخيار الا أن يناقش فيه بتبدل الموضوع . هذا ويمكن أن يقال : أن العمدة في الباب هو قاعدة نفي الضرر ومقتضاه شمول الخيار في صورة التلف مع ورود الدليل المعنون على الخيار أيضاً ، وهو قوله :

---

(١) مستفادة من كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» في بيان تلك القاعدة. وقد أورد شيخنا الاستاذ على الشرط الاخير ان ما ذكره من القول بعدم الخيار في خيار الشرط عند التلف الأن الثابت في الشرط هو التمكن من استرداد المبيع لا التسلط على مطلق الفسخ المشروع غير صحيح لان الشرط فاسد، اذ اشتراط استرداد العين وبقائه ليس بمقدور لهما ، فلابد من صحة الشرط أن يكون مقدوراً كما أشرنا اليه في بحث بيع الشرط، فراجع (منه) .

(٢) ومن هنا قال شيخنا العلامة الانصاري في المقام ـ وان كان مخالفاً للمشهور ـ بعدم ثبوت الخيار عند التلف في مورد الشك واجمال دليل الخيار ، لان القدر المتيقن في دلالة الادلة هو التسلط على الرد انما يكون في غير تلف العين (شيخنا الاستاذ . منه)

(وهم بالخيار اذا دخلوا السوق) واطلاقه عام شامل لصورة التلف وغيره وتمكن رد العين وعدمه. هذا كله في قاعدة التلف، وقد عرفت حال المبنى. وأما الابتناء: فالظاهر أن كون التلف الشرعي كالتلف العقلي اتفاقي لا كلام فيه لانهم يرسلون ذلك ارسال المسلمات فنرجع الى دليل المشهور.

فنقول : يمكن ان يستدل على سقوط الخيار عند التصرف المخرج عن الملك بوجوه :

الاول ـ ظهور الاجماع على ما حكى شيخنا العلامة الانصاري «قده» عن «الروضة» ان لم يكن اجماعياً .

فيه : كما ذكره «قده» الظاهر عدمه بل في عبارة «الروضة» التي نقلناها على ما رأيناها : لم أقف على قائل به ـ أي بعدم السقوط ـ ومن المعلوم عدم القول بعدم السقوط لايلازم بكون القول بالسقوط اجماعياً .

الثاني ـ أن العمدة في مدرك الخيار قاعدة نفي الضرر وقد أقدم عليه بالتصرف .

فيه : أن التصرف قبل العلم ليس اقداماً ولا بمنزلته .

الثالث ـ أن الضرر معارض بتضرر الغابن بقبول البدل .

وفيه : ما ذكره شيخنا العلامة «قده» في الكتاب توضيحاً لكلام الشهيد «قده» من أن المبيع ان كان مثلياً فلا ضرر بتبدله بمثله ، وان كان قيمياً فتعريضه للبيع يدل على ارادة قيمته ، فلا ضرر في أخذ البدل فضلا عن أن يعارضه ضرر زيادة الثمن على القيمة خصوصاً مع الافراط .

الرابع ـ ما ذكره بعض الفقهاء من أن الخيار من ذي الخيار عبارة عن تخيير رد العين المنتقلة اليه وعدم رده . ومن المعلوم أنه اذا تعذر أحد الافراد المخير فيها تعين الآخر ، وكذلك في المقام ، حيث أن رد العين تعذر بتصرفه المخرج عن الملك تعين عدمه وهو عين سقوط الخيار .

فيه : منع كون معنى الخيار ذلك ، بل هو عبارة عن فسخ العقد وهو غير متعذر .

الخامس ـ ما ذكره أيضاً من أن الاتلاف من ذي الخيار مسقط لخياره بالقطع والاجماع وكذلك التصرف المخرج عن الملك ، لان الاتلاف الشرعي بمنزلة الاتلاف الحقيقي العقلي .

فيه : منع سقوط الخيار في الاصل فضلا عن الفرع الذي نزل بمنزلته لعدم ثبوت الاجماع ، ان هو الا أول الكلام .

السادس ـ ماذكره ذلك البعض أيضاً من أن العمدة في دليل ثبوت الخيار للمغبون هو قاعدة نفي الضرر، وهي من القواعد التي تطرقت عليها التخصيصات الكثيرة ، فيحتاج في العمل بها الى الجبر من عمل الاصحاب وهو مفقود في المقام لان الشهرة على خلافه كما سبق ذكره من أن المشهور سقوط الخيار عند التصرف المخرج عن الملك حسبما حكاه شيخنا الشهيد « قده » في « الروضة » ، ونسبه شيخنا العلامة الانصاري في الكتاب الى مشهور المتأخرين. وقد استحسنه شيخنا العلامة الأستاذ « دام مجده » في مجلس البحث .

أقول : انه حسن لو لايكون لسائر الادلة كفاية على اثبات الخيار للمغبون من الايتين الشريفتين والاخبار الواردة في حكم الغبن والخبر الوارد في تلقي الركبان أعني قوله عليه السلام : وهم بالخيار اذا دخلوا السوق . فان تلك الادلة لو تمت لدلت على ثبوت الخيار للمغبون . ومن المعلوم أن الخيار عبارة عن القدرة على الفسخ كما ذكرنا في أول الخيار بمعنى أن لذي الخيار حق يثبت في العقد فان شاء بقاه على حاله وان شاء فسخه فينحل العقد . فان كان العين المنتقلة عنه باقية استرجع نفسها والا استرجع قيمتها ان كانت قيمية ومثلها ان كانت مثلية و كذلك في العين المنتقلة اليه .

مضافاً الى أنا نقول : أن قاعدة لاضرر وان كانت من القواعد التي تحتاج الى الجبر من جهة الدلالة لكن يكفي في جبر دلالتها عمل مثل الشهيدين فضلا عمن تأخرعنهما ، لانه يكفي فيجبر دلالتها عمل بعض العلماء وان لم يبلغ مرتبة الشهرة وماهومحتاج الى الانجبار بالشهرة انما هو في الجبر من جهة السند، بخلاف دليل نفي الضرر حيث أن سندها مما لااشكال فيه وانما الكلام من جهة دلالته لوهنه من جهة ورود كثرة التخصيصات عليه فينجبر وهنه حينئذ بعمل بعض الاصحاب فيكشف عن عدم تطرق التخصيص عليه في مورد العمل بعد الفحص عن الادلة وفقد دليل مزاحم له وعدم عمل المشهور له . وسكوتهم عن التمسك به لايكشف عن ورود التخصيص لاحتمال الغفلة عن التعرض له أو لعدم كون المسألة معنونة في كلماتهم كما هو كذلك في مسألتنا هذه حيث لم يتعرض بحال التصرف المخرج عن المغبون قبل المحقق كما ذكر شيخنا العلامة «قده» في كتابه .

فحينئذ الحق ما استوجهه الشهيد الثاني «قده» في «الروضة» من عدم سقوط الخيار بالتصرف المخرج عن الملك تبعاً للماتن حيث أورد النظر على مانسب الى المشهور وفاقاً لبعض مشائخ الفقهاء المتأخرين من أنه لاوجه لسقوط الخيار مع أن مقتضى دليل نفي الضرر الذي هو العمدة في الباب عدم الفرق في ثبوت الخيار قبل التصرف المخرج وبعده في حال الجهل ، فانه لو قلنا بسقوط خيار المغبون بمجرد تصرفه الناقل عن الملك مع جهله بغبنه للزم الضرر عليه ، وهو منفي في الشرع بمقتضى قاعدة نفي الضرر وان لم يكن الاسترداد وتلف العين، الاترى لو تصرف الغابن في العين المنتقلة اليه أو تلفت عنده لم يسقط حق المغبون بالاتفاق فكذلك هنا .

ومن هنا أورد أو يمكن أن يورد على المشهور بالنقض على التصرف من جانب الغابن وان كان ناقلا ضرورة عدم سقوط خيار المغبون بالتصرف من غيره

وان كان ناقلا للاستصحاب وحديث الضرر وغيره كما في «الجواهر». وجه الورود واضح لان مقتضى تعليلهم لسقوط الخيار عند تصرف المغبون الناقل بعدم امكان الاسترداد تعلق حق المغبون على العين ومعنى تعلق حقه على العين أن له حقاً في العين المنتقلة اليه والمنتقلة عنه، فيرد ما انتقل اليه ويسترجع ما انتقل عنه، فكما أن في تلف المنتقل اليه وتصرفه الناقل لايمكن له الاسترداد فكذلك في صورة تلف المنتقل عنه عند الغابن وتصرفه الناقل لايمكن الاسترداد والاسترجاع . فلا فرق بين الغابن والمغبون بالتصرف الناقل في عدم امكان الاسترداد .

فما في «الجواهر» : ـ واحتمال عدم الفرق فيبطل الخيار وان كان النقل من غير ذي الخيار لتعلقه بالعين فيفوت بانتقالها ـ لاينبغي صدوره ممن له أدنى خبرة بالنصوص والفتاوى كما ترى ، لانه ان استفيد من النصوص والفتاوى أن حق المغبون تعلق بالعين فيفوت بفواتها فلا فرق بين المقامين ، لان معنى خياره على هذا هو السلطنة على استرداد العين ، فالمغبون اذا اشترى شاة قيمته خمسة قرانات مثلا بثوب قيمته عشرة قرانات كان له الخيار في رد الشاة واسترداد ثوبه فكما أن له حقاً في رد الشاة كذلك له حق في استرداد الثوب واسترجاعه .

وما يقال : (أن معنى الخيار على القول بتعلقه بالعين انما هو في العين المنتقلة اليه فيفوت الخيار بانتقالها لافي العين المنتقلة عنه) صرف مجازفة في الكلام ، وتفكيك بين الرد والاسترداد من غير دليل ، ودعوى من غير بينة ، فانه كما يقال: أن القدر المتيقن من ثبوت الخيار هو صورة امكان الرد فليس للمشتري المغبون خيار اذا أخرج المبيع عن ملكه أو تلف عنده كذلك يقال : ان القدر المتيقن من ثبوت الخيار للمشتري المغبون هو صورة امكان الرد والاسترداد معاً فليس له الخيار اذا أخرج الغابن عوض المبيع المنتقل اليه عن ملكه أو تلف عنده لعدم امكان استرداد المشتري ماله من الغابن حينئذ لعدم بقاء العين .

ولو قيل أن الدليل عام وهـو دليل نفي الضرر شامل لصورة تلف العين ، فلـو قلنا بسقوط خيار المغبون بتصرف الغابـن ويتلف المال عنده ليلزم الضرر على المغبون ، ويقتضي نفي الضرر ثبوت الخيار .

نقول : مقتضى عمومه عدمسقوط خيار المغبون بتصرفه المخرج قبل العلم بالغبن ، فلو قلنا بسقوطه بتصرفه المخرج عن الملك لايرتفع الضرر عنه منغير فرق .

ولـو قيل : أن الفارق هـو عمل الاصحاب حيث أن دليل نفي الضرر مـن العمومات الموهونة يحتاج العمل بعمومه الى الجبر وهو حاصل في صورة تصرف الغابـن دون صورة تصرف المغبون بالتصرف المخرج عـن المغبون لذهابهـم ـ كلمة واحدة ـ الى بقاء الخيار في الاول دون الثاني .

نقول : لايلزم فـي الخيار دليل نفي الضرر الـى عمـل جميع الاصحاب أو مشهورهم بل يكفي في حصول انجباره الى عمل جمع ولـو كان ثلاثة أو اثنين من معظمهم وقد عرفت أنه حاصل في المقام أيضاً لكفاية عمل بعض المحققين من مشائخ مشائخنا واطلاق كلام العلامة في «الارشاد» وتنظير الشهيد الاول في «اللمعة» واستحسان الثاني في «الروضة» . فهذا يكشف عن عدم ورود التخصيص في المقام لقاعدة نفي الضرر ، فلوكان له مخصصاً لعبّروا به .

وكيف كان ، المقدار الثابت في رفع الوهن هو عـدم مجيء المخصص مع حصول العمل به في الجملة وهو حاصل فيكفي خصوصاً في مثل هذه المسألة التي ليس لها عنوان في كتب من تقدم من المحقق «قده» ولم يتعرض له أحد من المتقدمين فيما رأيناه .

هذا كله في تصرف المغبون، وأما تصرف الغابن فاما مغير للعين أم لا؟ وعلى الثاني اما ناقل أوغير ناقل، وعلى الاول اما لازم أوغير لازم ، الى آخر الاقسام

التي يبلغ الى ثلاثمأة . فقد قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» : وأما تصرف الغابن فالظاهر أنه لا وجه لسقوط خيار المغبون به . فان أراد منه التصرف الغير المخرج عن الملك، فيه: أنه لامعنى لدعوى أنه الظاهر بل هو قطع للاتفاق على عدم سقوط خيار المغبون حينئذ . وان أراد التصرف المخرج ، فيه : أن له وجهاً في سقوط الخيار وهو ما ذكره العلامة «قده» من أن امتناع رد العين يوجب سقوط خيار المغبون ، فهذا الوجه يجيء عند تصرف الغابن أيضاً ، وما ذكره صاحب «الجواهر» «قده» من الفرق عرفت الحال فيه .

وكيف كان، لو فسخ المغبون ووجد العين خارجة عن ملكه بالبيع أو العتق أو الوقف أو غيرها من النواقل اللازمة، ففي تسلط المغبون على ابطال العقد من حينه كالشفيع، أومن أصله كالمرتهن أويرجع الى البدل وجوه ، وذهب شيخنا في «الجواهر» الى الاول ولعله المختار ، والعلامة «قده» في «القواعد» الى الثاني، وشيخنا العلامة الانصاري «قده» الى الثالث. وجه الاول وجوه :

أحدها ـ ما ذكره صاحب «الجواهر» من تلقي المشتري الثاني الملك من المشتري الاول الذي هو الغابن ، فكما أن ملكه متزلزل كذلك ملك المشتري الثاني والا بأن كان لازماً لزم زيادة الفرع على الاصل. ثانيها ـ أن ملك المشتري الثاني معلول لملك الغابن ، فاذا زال ملك الغابن بالفسخ زال ملك المشتري من حينه أيضاً . ويستفاد ذلك من شيخنا العلامة في أحكام الخيار .

وثالثها ـ أنه مقتضى الجمع بين دليل نفي الضرر ودليل أدلة البيع من (أوفوا) وأمثاله، فيكون البيع صحيحاً بمقتضى أدلته، غاية الامر أن قاعدة لاضرر انما تؤثر حين الفسخ . وهذا الوجه هو المختار ، والا يمكن التنظير على الاولين .

أما في الاول : بأن يقال : تلقي المشتري الثاني انما كان في زمان مشغول

بحق المغبون فاذا فسخ بطل من أصله كالرهن . أما في الثاني : أن تبعية الملك المشتري الثاني ومعلوليته انما هو مسلّم في الحدوث، وأما في البقاء فممنوع .

ووجه الثاني : أن العقد الثاني انما وقع في مورد تعلق حق الغير فيه فيوجب تزلزله من رأس كما في الرهن ، فمقتضى فسخ ذي الحق البيع الاول تلقي الملك من المشتري الاول وبطلان العقد الثاني . وفيه : أن هذا يوجب تعطيل الاسباب فمجرد ثبوت الحق للمغبون لايوجب بطلان سببية العقد الثاني الذي أوقعه الغابن والالزم التخصيص لعموم أوفوا وآية الحل . نعم من له الحق ان تشبث بحقه اما يوجب الفسخ من حين التشبث كما هو مقتضى الوجه الاول أو يوجب تعلق حقه الى البدل كما هو الوجه الثالث وأما بطلان عقد الغابن من رأسه فلاوجه له بعد شمول أدلة البيع .

ووجه الثالث : أن تصرف من عليه الخيار في زمان الخيار صحيح لازم كما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » وحوّل تفصيله في أحكام الخيار فحيث أوقع العقد من عليه الخيار ، أعني الغابن فيكون عقده مشمولا للادلة الدالة على لزوم البيع وصحته فخرج عن ملكه خروجاً لازماً فيكون بمنزلة التلف، لان التلف الشرعي كالتلف العقلي .

وقد يقال في وجهه بناءاً على مذهب حدوث الخيار عند ظهور الغبن لو تصرف الغابن بالنقل واخراجه عن ملكه ، فقد وقع بيعه بيعاً تاماً في ملك ليس له حق الغير أصلا ، فقد قوى هذا الوجه شيخنا العلامة في « المكاسب » فيتعلق حق المغبون حينئذ الى البدل .

فيه : أن ابتناء القول بالبدلية على حدوث الخيار عند ظهور العين حسن الا أنه خلاف مختاره « قده » وخلاف المشهور .

وأما ابتنائه على صحة تصرف من عليه الخيار. فيه : أنه لو قلنا بالصحة لما

نقول باللزوم لتعلق حق المغبون عليه ، فجريان عموم أوفوا مبني على عدم تعلق حق الغير في العين ، والمفروض في المقام تعلق حق المغبون ولو بواسطة تعلق حقه على العقد أولا ، بمعنى أنه حل العقد واسترد العين فكان العين مما تعلق عليها الحق فلا يجوز كونه لازماً لان اللزوم يوجب سقوطه حقه كما هو واضح . نعم صحة عقده ولو متزلزلا لا تنافي حقه كما هو المختار فيلزم بالصحة دون اللزوم فيثبت القول من حينه .

ولو قيل: أنه لما أوقع العقد فقد خرج عن ملك الغابن فيكون بمنزلة التلف لان التلف الشرعي كالتلف العقلي .

نقول : ان هذه الامصادرة اذ الكلام في تلفه الشرعي فان التلف الشرعي لايكون الاعلى تقدير لزوم عقد الغابن وهو أول الكلام لتعلق حق المغبون عليه . فاتضح لك أن الحق هو القول من حينه لانه مقتضى الجميع بين أدلة نفي الضرر وبين أدلة (أوفوا بالعقود) فان دليل نفي الضرر يقتضي وجوب مراعاة حق المغبون وهو لا ينافي صحة البيع فيحكم بصحة البيع بمقتضى أدلة البيع ، فاذا تشبث المغبون بحقه ينفسخ العقد من حينه والقول بأن حقه متعلق بنفس العين فلاتجري أدلة البيع ممنوع لانه لم يدل دليل على عدم جواز تصرف من عليه الحق في العين المتعلقة بأمثال ذلك الحق كما هو الحال في صحة تصرف المولى في العبد الجاني وصحة استيلاده في الامة الجانية وصحة بيع العين المتعلقة فيها حق الشفيع ، فان تلك الحقوق لاتمنع عن التصرف ولم يكن تصرف من عليه الحق موقوفاً على اذن من له الحق .

نعم في العين المرهونة حيث تعلق حق الراهن لايجوز التصرف فيها لان النهي الوارد في أن الراهن والمرتهن ممنوعان من التصرف بخلاف أمثال تلك الحقوق كحق الخيار وغيره لفقدان النهي فيها ، فكل تصرف توقف من قبل الشارع على اذن من له الحق لايجوز لغيره التصرف كالمرتهن بخلاف صورة عدم المنع

وعدم التوقف في صحة أصل التصرف ، فانه اذا فسخ ينفسخ العقد من حينه لا من أصله فلاوجه للبطلان من رأسه حينئذ .

هذا كله فيما لو وجد المغبون تصرف الغابن بالتصرف المخرج . وأما لو وجده متصرفاً بالتصرف المانع عن الاسترداد كالاستيلاد فقد قال شيخنا العلامة الانصاري ، ويحتمل هنا تقديم حق الخيار لسبق سببه على الاستيلاد يعني انا ولو قلنا ان مثل البيع والعتق ونحوهما لايبطل بالفسخ يمكن ان نقول ببطلان الاستيلاد لتقدم سبب الخيار عليه فيعمل ما سبق من السببين .

فيه ، : أولا ـ أن هذا الاحتمال انما يتمشى اذا جعلنا حق الخيار متعلقاً بالعين بأن يكون لذي الخيار في العين الخارجة حق الاسترداد ، ومعه فلابد من القول ببطلان البيع والعتق أيضاً وأما لو جعلناه متعلقاً بالعقد فكما أن لازمه نفوذ البيع والعتق اذ ليس له الا فسخ العقد فان وجد العين أخذها والا انتقل الى البدل فكذلك بالنسبة الى الاستيلاد فلا فرق بين الاستيلاد والبيع في ذلك .

وثانياً ـ أن هذا مبني على أن يكون من قبيل تزاحم الحقين كما يقال في كتاب الرهن في استيلاد الراهن الامة المرهونة فذهب جماعة الى عدم جواز بيعها لحق الاستيلاد ، والاخرى منهم المحقق في « الشرائع » الى جواز البيع لسبق حق المرتهن .

فيه : أن المسألتين من باب تعارض الادلة فلابد من اعمال قواعد التعارض . فنقول : أما في باب الرهن فيتعارض أدلة جواز بيع الرهن وأدلة أن أم الولد لاتباع ، فيهما عموم من وجه فيرجع الى عمومات لزوم البيع كـ(أوفوا بالعقود) و (أحل الله البيع) وأما في المقام فتقع المعارضة بين الادلة الدالة على ثبوت الخيار للمغبون وجواز فسخه ورد العين وبين الادلة الدالة على عدم بيع أم الولد

وعدم انتقالها عن ملك مولاها الا بنصيب ولدها فيرجع الى استصحاب ملك الغابن لام الولد فيمتنع عن ردها ، بل يرجع حق المغبون الى البدل .

الا أن يقال أن العمدة في دليل ثبوت الخيار للمغبون هو قاعدة نفي الضرر ومن المعلوم عندنا تحكيم قاعدة الضرر على سائر الادلة . فيوجب ذلك تقديم حق المغبون على الاستيلاد وكذلك الحال فيما تصرف الغابن بالوقف ، فمقتضى دليل نفي الضرر بطلان الوقف حين فسخ المغبون لان تعلق حقه على البدل وحرمانه عن العين ضرر على المغبون ، اذ تملك المغبون للبدل في ذمة الغابن في معرض تأخير حقه وتعطيله لاحتمال كون الغابن معسراً عن أداء ما في ذمته . فمقتضى الجمع بين الادلة هو القول بتزلزل الوقف وبطلانه من جعله كما ذكرنا وفاقاً لصاحب « الجواهر » في البيع .

وأما الكلام في عتق الغابن فالقول بصحته مبني على جواز التصرف في زمن الخيار . وأما القول في ابطاله من حين الفسخ والرجوع الى العين كما ذكرنا في البيع مبني على أن الايقاعات هل تتوقف على شيء أم لا ؟ فقال المحقق «قده» في « الشرائع » : في صحة عتق الراهن مع الاجازة تردد ، والوجه الجواز. وذكر في « المسالك » : أن منشأ التردد كون العتق ايقاعاً فلا يكون موقوفاً على الشرط لاعتبار التنجيز فيه ومن أن المانع هو حق المرتهن وقد زال باجازته وهو الاقوى .

وحاصله الفرق بين توقف الايقاع على الشرط وبين توقفه على رفع المانع وان الاجماع على بطلان التوقف في الايقاعات انما هو في الاول دون الثاني فيه مالا يخفى من تقييد معاقد اجماعهم . وقد ذكرنا تفصيل ذلك في باب الرهن فراجع فلانطيل بعوده.

ثم ان هنا اشكالا بناءاً على القول بعدم جواز التصرف في زمن الخيار في صحة

العتق ولو تعقبته الاجازة كذلك فى صحة عتق الراهن ولو تعقبته اجازة المرتهن لحرمة تصرف الراهن وكونه ممنوعاً منه ، فاذافرضنا حرمة تصرف الراهن هناك وحرمة تصرف من عليه الخيار أعني الغابن هنا فكيف أمكن صحة العتق لانه من العبادات فيكون من قبيل اجتماع الامر والنهى الامري .

هكذا استشكل شيخنا الاستاذ العلامة « دام مجده » ولكن يمكن دفعه اولا بعدم كون الاجتماع آمرياً . وثانياً بعدم صدق التصرف في مجرد ايقاع الصيغة . هنا فرع وهو أنه قال شيخنا العلامة الانصاري لو اتفق عود الملك اليه ـ أي الى الغابن ـ بفسخ في العقد الجائز أو : باقالة في العقد اللازم مثلا أو بعقد جديد .

ولا يخفى أن هذا على القول بمختاره من القول بالبدل في بيع الغابن . وأما على مختارنا من القول بالبطلان من حين الفسخ فلا وقع ولا وجه لهذا الفرع . وكيف كان في رجوع المغبون في العين أو في بدلها فيما رجعت العين الى الغابن بالفسخ احتمالات ، أحدها: رجوع المغبون الى العين مطلقاً ، وثانيها : رجوعه الى البدل مطلقاً ، وثالثها : رجوعه الى العين قبل الحكم بالعوض مطلقاً ، وبعده يرجع الى البدل مطلقاً . وسيتضح بيان محتملات الحكم في نقل كلام الشهيد في «الروضة». رابعها : رجوعه الى العين وان لم يأخذ البدل من الغابن وان أخذ البدل يفسخه ثم عادت العين الى ملك الغابن ، فلا يرجع المغبون حينئذ الى العين لانه تملك عوض العين . وخامسها : رجوع المغبون الى البدل ان كان المانع من الرد عقداً ، أو الى العين ان كان المانع استيلاداً . وسادسها : اذا كان فسخ المغبون بعد رجوع العين الى ملك الغابن وبعد زوال المانع ، فيرجع المغبون الى العين . وأما اذا فسخ المغبون قبل رجوعها وعودها الى ملك الغابن وقبل زوال المانع . فيرجع الى البدل.

فقال شيخنا العلامة «قده»: حينئذ فالظاهر وجوب رد العين في الاول ووجوب بدله في الثاني .

وقال شيخنا الشهيد «قده» في «الروضة» :ثم ان استمر المانع استمر السقوط وان زال قبل الحكم بالعوض بأن رجعت الى ملكه أو مات الولد أخذ العين مع احتمال العدم لبطلان حقه بالخروج ، فلايعود ولو كان العود بعد الحكم بالعوض ففي رجوعه الى العين وجهان من بطلان حقه من العين وكون العوض للحيلولة وقد زالت . الخ .

والحكم بالعوض في كلامه محتمل أن يكون المراد منه حكم الشارع بالعوض أو حكم الحاكم كما احتمله البعض أو أن المراد منه الفسخ كما عبر كثير منهم في المقام كما في كتاب شيخنا العلامة «قده» وان كان ذلك قبل الفسخ . الخ .

فالوجه هو ذلك ، لانه لاربط لحكم الحاكم في المقام . وأما حكم الشارع بالعوض فانما هو سبب عن الفسخ ، فالعبرة حينئذ بالفسخ لا بالحكم وان كان حكم الشارع سبباً عن الفسخ فالاولى جعل العبرة بالفسخ . والشهيد « قده » جعل العبرة بالحكم بالعوض انما هو من جهة عدم مفارقته عن الفسخ فليس حينئذ الا المناقشة في سوء التعبير ، فعلى هذا تصير الاحتمالات خمسة ، لان مرجع الوجه الثالث الذي ذكره في «الروضة» الى الوجه الاخير الذي ذكره شيخنا في «المكاسب» . وجه الاحتمال الاول ـ أعني وجوب رد العين الى المغبون مطلقاً ـ هو أنه : يستحق العين بالفسخ ، لان مقتضى الفسخ عود ماوقع عليه العقد الى مالكه والانتقال الى البدل انما هو للحيلولة ، فما دامت العين باقية ، للمغبون حق الرجوع اليها سواء كان عودها الى ملك الغابن قبل فسخه أو بعده وسواء أخذ البدل أم لا وسواء كان المانع استيلاداً أو غيره .

فيه : أنه بعد تصرف الغابن بالتصرف المخرج قد خرجت العين عن ملكه فاذا فسخ المغبون ووجد العين خارجة عن ملك الغابن كانت في حكم التلف ، فانتقل حق المغبون الى البدل في ذمة الغابن .

ووجه الثاني : أن العين بمجرد تصرف الغابن كانت في حكم التلف فانتقل

حق المغبون الى البدل في ذمة الغابن فبعد عودها الى ملك الغابن لادليل على عود استحقاق المغبون العين .

فيه : أنه حسن اذا لم تعد أصلا وأما اذا عادت في ملك الغابن والحال أن المغبون لم يفسخ فبعد فسخه ووجد العين في ملك الغابن لاوجه لعدم استحقاقه العين .

ووجه الثالث :أعني ما كان عودها الى ملك الغابن قبل فسخ المغبون فيستحق العين كما عبر عنه شيخنا الانصاري بقوله : فالظاهر وجوب رد العين وعبر عنه في « الروضة » بقوله : قبل الحكم بالعوض ، فقوله : قبل الحكم بالعوض في «الروضة» لامعنى له ولايتعقل الحكم بالعوض بعد الفسخ معنى يترتب عليه ماذكره بل المدار على حال الفسخ الذي به يتشخص ما للفاسخ من العين أو البدل من المثل والقيمة ،فيرجع ما في «الروضة» الى ماذكره شيخنا الانصاري من أن المدار على الفسخ ، فقال ماحاصله : فان كان العود قبله يستحق العين ، لان المغبون اذا فسخ وجد العين حينئذ باقية في ملك الغابن فيردها بالفسخ .

فيه : أنه من المحتمل انتقال حق المغبون الى البدل حين أخرج الغابن عن ملكه بالعقد ، فانه كان بمنزلة التلف ، فبعد رجوع العين الى الغابن لادليل لرجوع استحقاق المغبون عن ما في ذمة الغابن من البدل الى العين .

ثم قال: وان كان بعده فالظاهر عدم وجوب رده لعدم الدليل بعد تملك البدل.

فيه : أنه اذا فسخ المغبون والحال أن العين ليست بموجودة عند الغابن ، تملك البدل في ذمة الغابن مسلم لارتياب فيه ولكن دفع الغابن ما في ذمته من البدل واجب مع مراعاته الاقرب فالاقرب لقاعدة وجوب مراعاة الاقربية في الضمانات كماهي مسلّمة عندهم ، فحيث عاد الملك أوزال المانع ولو بعد فسخ المغبون وتعلق حقه الى البدل يجب على الغابن دفع نفس العين للاقربية، حتى

نسب الى ظاهر الفقهاء أنهم قالوا في العين المغصوبة اذا تلفت اشتغلت ذمة الغاصب الى البدل قطعاً فيجب عليه أداء بدلها ولكن اذا فرض تلبس المعدوم التالف بلباس الوجود من باب الاعجاز يجب على المغصوب دفع تلك العين ما لم يدفع مثلها أو قيمتها ، فاذا أراد أن يدفع ما في ذمته يجب دفعه مراعاة للاقربية فالقول بوجوب ردّ العين هنا ولو كان عودها بعد الفسخ بطريق أولى .

ومما ذكرنا ظهر لك أن أحسن الوجوه هو الوجه الرابع من أن المدار في استحقاق العين وعدمه هو الاخذ بعوضها فان فسخ المغبون فما لم يأخذ حقه من المثل والقيمة من الغابن يستحق العين سواء كان عودها أو رفع المانع عنها قبل الفسخ أو بعده ، فاذا كان العود وارتفاع المانع قبل الفسخ أو بعده وقبل أخذ عوضها استرد المغبون العين ، وأما اذا كان بعد الفسخ وأخذ البدل فلا ريب في برائة ذمة الغابن حينئذ بسبب رضا المغبون بأخذ العوض والبدل . فلو عادت الى ملك الغابن بعد ذلك فلا وجه لرجوع حق المغبون الى العين لحصول البرائة وتسليم الحق. فكيف كان قد ذهب الى هذا بعض المشائخ في حاشية «الروضة» .

وأما الوجه الخامس لعله مختار صاحب «الجواهر» فانه لمكان العقد بكون العين بمنزلة التلف فلا دليل على استحقاق المغبون لها بعودها بخلاف صورة الاستيلاد فان العين باقية في ملك الغابن، فاذا فسخ المغبون تنتقل العين اليه متزلزلة ومراعى من دون جواز التصرف فيه، فان مات الولد يكون ملكاً له وان بقي فينعتق من ملك مولاه فيكون في معرض الزوال وأخذ البدل مع ذلك للحيلولة لانه المغبون . فحيث ارتفع المانع يستحق العين سواء كان رفعه بعد الفسخ أو قبله وما ذكرنا من اعتبار أخذ العوض والبدل من التفصيل يجري هنا ـ أي في الاستيلاد ـ أيضاً بأن يقال :ان لم يأخذ عوض العين فيردها والا ـ أي وان أخذ عوض الامة وقيمتها ـ فلا يرد العين الا أن يقال : أن أخذ البدل في صورة الاستيلاء انما هو من باب

بدل الحيلولة بأن يملك المغبون مع حجر التصرف فيها مراعى على دون ولدها كما كان عند الغابن .

بعبارة أخرى : أن عين الامة المستولدة ملك المغبون ملكاً مسلوب الانتفاع كالمال الملقى في البحر فان أخذ من البحر ينفع والا يبقى على الملكية المحضة فكذلك في المستولدة فانها بمجرد فسخ المغبون تصير ملكاً له على سبيل التزلزل من غير جواز للتصرف فيها بل ممنوع عنها التصرف لحق الاستيلاد ولكن هذا النحو من الملك حيث لا يمنع حق الاستيلاد بل يجتمع معه ولهذا يمكن أن يقال بملكية المغبون وأخذه البدل انما هو بدل الحيلولة كما هو الظاهر .

هذا كله اذا كان العود بالفسخ واما اذا كان بعقد جديد ، قال شيخنا العلامة الانصاري « قده » فالاقوى عدم وجود الرد مطلقاً لانه ملك جديد يلقاه من مالكه وفاقاً لما قوّاه في « الجواهر » لان فسخ الخيار انما يقتضي ابطال ملكه لها بذلك السبب لا مطلقاً . وحاصل الفرق بين العقد الجديد وبين الفسخ أو الاقالة : أن اطلاق أدلة الخيار القاضية بالرجوع الى العين هو كونها باقية على الملكية الاولية السابقية ولما كان الفسخ والاقالة لا ينافيان ذلك ،لانهما ـ كما هو الظاهر ـ ليسا من أسباب التملك وانما هما يزيلان العقد فتعود الملكية السابقة ، فيرجع المغبون الى عين ملكه الذي انتقل الى الغابن الذي نقل عن ملكه لمكان عود تلك الملكية بالفسخ ، وأما في مثل العقد الجديد كابتياع الغابن ثانياً ، أو تملكه بالارث ، فلا شك أن التملك الحاصل بسببها تملك جديد لا ربط له بما كان من التملك سابقاً .

وان شئت فقل : أن العرف يفرق بين الملكية السابقة وبين الملكية الجديدة المتلقاة من مالكه بعقد جديد أو بارث ، بخلاف صورة الفسخ والاقالة ، فان الملكية حينئذ نفس الملكية السابقة عند العرف، فاذا فسخ المغبون على الاول وجد العين وملكيتها غير موجودة عند الغابن لان هذه الملكية غير الملكية السابقة وأما على الثاني: استرجع

لكونها نفس السابق .

هذاغاية توجيهه ويمكن أن يقال في المقام كماذهب اليه مشائخنا الاعلام «قده» ولكن يرد عليه :

أولا: منع تعدد الملكية عندالعرف ، فانالملكية عبارة عن اختصاص العين لصاحبها، وهوواحد فيالمقامين .

وثانياً : لوأغمضنا عنذلك . فلا يوجب ذلكالتعدد تفاوتأفيالعين، وتعددها فانها أمر واحد قطعاً وانماتعلق حق المغبون على العين التي وقع العقد عليها.

وثالثاً : لو أغمضنا عن ذلك كله فنقول كشفاً للظلام ورفعاً للحجاب ان غاية الامر أن المغبون اذا فسخ فقد ملك البدل في ذمة الغابن ، فيجب عليه أداء مافي ذمته مثلياً أو قيمياً في المثليات أو القيميات مراعاة للاقربية في ذلك ، ولاشك في أنالعين وانتلقى ملكيتها بالملك الجديد من مالكها أقرب الى ما أخذ الغابن من المغبون و الصيرورة الى غيرالعين بمثلها أوقيمتها انما هو من جهة عدم امكانرد العين، فحيث أمكنردهافيجب ردها لاغير كما هو الحال فيجميع بابالضمانات فان مقتضى قوله : على اليد ما أخذت حتى تؤدي ، وجوب رد ما أخذت بجميع جهاته لهذا صاروا الى وجوب رد المثل في المثلي والقيمة فيالقيمي.

فان للعين جهتين جهة مالية وجهة ملكية واختصاصية . فاذا تعذر رد الجهة الاختصاصية تعيّن ردالجهة المالية ، ولذا نسبنااليهم في المال المضمونكالغصب وغيره اذا تلف بالكلية وانعدم بالمرة انتقل ذمة الغاصب الى بدله ، ومع ذلك لو تلبس بلباس الوجود من باب الاعجاز يجب رده بنفسه لابمثله ولابقيمته والدليل على ذلك هو الدليل الذي يوجب صيرورة ضمانالمثل في المثليات والقيمي في القيميات لكونهما أقرب اليهما ،كما هو مستفاد من قوله : على اليد ، و غيره .

وظهرلك أن المختار في جميع المقامات المذكورة وجوب ردالعين مالم يقبض

المغبون بدله سواءكان عود الملك الى الغابن ورفع المانع عن الاسترداد قبل فسخ المغبون أوبعده وسواءكان بعقدجديد أوبفسخ أوباقالة . وأما اذا قبض المغبون ما في ذمة الغابن من البدل فقد سقط حقه وبرأ ذمة الغابن فيصير ذلك كالمعاوضة المستقلة التي حصلت بالمراضاة .

ومن ذلك اتضح أن يقال: أن المختار وجوب رد العين عند خروجها عن ملك الغابن بالعقد الجائز كالبيع الخياري والهبة، فيجب على الغابن ابطال العقد الجائز الناقل وفاقاً لما في« المسالك » خلافاً لما ذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » حيث قال بعدم وجوب ابطاله على الغابن ، لان المغبون اذا فسخ فلايخلو : اما أن تدخل العين في ملكه أوفي بدلها، فعلى الاول : لاحاجة الى الفسخ والابطال، وعلى الثاني : لاوجه للعدول مما استحقه بالفسخ الى غيره .

فيه : أنا نختار الشق الثاني ، أعني كون المغبون مالكاً لما تبدل في ذمة الغابن الا أنه حيث يجب على الغابن برائة ذمته من بدل العين فلابد أن يلاحظ الاقرب فالاقرب وحيث كان العقد الناقل جائزاً يجوز للغابن فسخه يتمكن من أداء ما في ذمته بنفس العين ، فلا يجوز العدول عنها الى غيرها الافي صورة التعذر ، فان فسخ الغابن فبها ، والافسخه الحاكم لانه ولي الممتنع حيث أن الفسخ ورد العين واجب عليه فامتنع وأما فسخ المغبون مطلقاً أوعند تعذر الحاكم موقوف على ثبوت الولاية له ، وهومشكل .

هذاكله في تصرف الغابن تصرفاً مخرجاً عن الملك أومانعاً عن الرد ، وأما تصرفه تصرفاً مغيراً للعين فلا يخلو اما أن يكون بالزيادة أوبالنقيصة أوبالامتزاج، فهنا مسائل :

الاولى : فيما لو تصرف الغابن بالتصرف المغير الموجب للزيادة فهي اماأن تكون صفة محضة كقصارة الثوب و تعليم صناعة للعبد و أمثال ذلك ، أو

عيناًمحضة كالغرس و الزرع ، أو المشوب كالصبغ ، فلابد من تنقيح أحكام الصور .

أمافيما كانت الزيادة صفة محضة بحيث لاتكون منفصلة عنه بل عمل فيهاعملا صارت قيمة العين زائدة عما كانت أولا ، فلا ريب في أن المغبون يفسخ العقد ويرد العين، بل لاأجرة للمشتري في مقابل عمله ، لانه عمل عملا في ملكه من دون استحقاقه لاخذ ولا شركة أيضاً ، وان كانت الصفة غيرموجبة لزيادة قيمة العين ، فعدم استحقاق الاجرة و عدم الشركة بطريق أولى ، لكن في « المسالك » في استحقاق المشتري اجرة عمله وجه، بل في« الروضة » جزم به بل قال فيها : وان زادت قيمة العين شاركه في الزيادة بنسبة القيمة .

وفيه : أن العمل قد وقع في ملكه فلا يستحق به عوضاً وزيادة القيمة انما كانت بصفة راجعة الى المال نفسه من دون الانفصال وان كانت بعمله فلا يستحق بها الشركة . فمن الغريب جزمه بالشركة خصوصاً بعد رجوعه بأجرة العمل ، على ماهو المنساق من ظاهر كلامه .

وقد فصل شيخنا العلامة الانصاري«قده» فيما كانت الصفة المحضة موجبة لزيادة القيمة ، فقال « قده » : الظاهر ثبوت الشركة فيه بنسبة تلك الزيادة بأن يقوّم العين معها ولامعها ويؤخذ النسبة ، ولولم يكن لها مدخل فالظاهر عدم شيء لمحدثها، لانه انما عمل فيما له ، وعمله لنفسه غير مضمون على غيره ولم يحصل منه في الخارج ما يقابل المال ولو في ضمن العين .

فيه : أن زيادة القيمة وان كانت بعمل الغابن الا أنه لما كان غير مغرور في عمله وغير مضمون على غيره فيصير حال الغابن في عمله كالغاصب فيما لوأحدث صفة محضة لوجب زيادة قيمة العين ، وقد أجمعوا على عدم الشركة ، والفرق بين الغاصب وبين الغابن من هذه الجهة غير سديد ، فالاقوى عدم استحقاق الاجرة

في الصورتين وعدم حصول الشركة وفاقاً لشيخنا « قده » في « الجواهر » خلافاً لشيخنا « قده » في « المكاسب » والشهيد في « المسالك » و « الروضة » ، وغيرهما من مشائخنا .

ولعل نظرهم في ثبوت الشركة أن عمله محترم ، فلو أخذ المغبون العين بلا حصول الشركة بنسبة الزيادة لزم الضرر على الغابن وهو منفي . فيدل نفي الضرر على الشركة لئلا يلزم الضرر على الغابن .

فيه : مالا يخفى كما عرفت من أن العمل الواقع في ملكه لايستحق به شيئاً.

وأما لو كانت الزيادة عيناً محضاً كالغرس والزرع وأمثال ذلك مما تغيرت العين المنتقلة الى الغابن بالزيادات العينية ، ففيه وجوه بل أقوال تبلغ الى ستة :

أحدها ـ ماعن « الروضة » بعد فسخ المغبون وأخذه المبيع تخيير بين قلع الغرس وبين ابقائه على أرضه وأخذ أجرته من الغابن .

وثانيها ـ ماحكي عن الفاضل في « حاشية اللمعة » : أن الخيار للغابن، فان اختار القلع فله مع طم الحفرة عليه ، وان اختار الابقاء لزم على المغبون القبول مع الاجرة .

وثالثها ـ تسلط المغبون على القلع من غير أرش ومن دون تسلطه على الابقاء ، على مااختاره العلامة « قده » في « المختلف » في الشفعة .

ورابعها ـ تسلطه على القلع مع الارش ، كما اختاره في « المسالك » وقيل به في الشفعة وحكى الاجماع به في العارية .

وخامسها ـ عدم تسلط المغبون على القلع مطلقاً على ماحكي عن المشهور فيما اذا رجع البائع الارض المغروسة بعد تفليس المشتري .

نعم له أخذ الاجرة على الارض .

وسادسها ـ مااختاره شيخنا العلامة الانصاري « قده » ولعله المختار المحقق

وان كان يتداخل في بعض تلك الوجوه المذكورة ، وهو أن يقال : ان كلا من مالك الارض ومالك الغرس يتسلط على قلعه لان كلا منهما يملك ماله ولايشترط حق له على الاخر ولاعليه له فلكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه ، فان أراد مالك الغرس قلعه فعليه أرش الطم وان أراد مالك الارض تخليصها فعليه أرش الغرس.

فتوضيح الحال في تحقيق المقال يتوقف على التكلم في مقامات ثلاثة : الاول : هل للمغبون سلطنة على قلع الغرس أم لا ؟ ، الثاني : هل يجب عليه أرش مع ذلك أم لا يتعلق الارش اذا قلع ؟ .

الثالث : هل يجب عليه أخذ الاجرة من الغابن لو اختار البقاء أم لا ؟ فيتضح تنقيح الكلام في تلك المقامات صحة أحد الوجوه وأحقية قول من تلك الاقوال.

أما المقام الاول : فنقول : لاريب أن بناء الغرس والزرع وأمثال ذلك من انتفاعات الارض الأن الزرع لماكان له أمد مخصوص والغرس ليس له أمد فتكون تبعية الزرع وانتفائه موقتاً بتلك الامد . وأما الغرس فليس له أمد ، بل هو لوخلي وطبعه مبني على الدوام والبقاء ، فاذا كانت الارض سالمة عن مزاحمة الحقوق ، فلو غرس فيها غرساً لكان ذلك مبنياً على الدوام قطعاً من غير اشكال كما في أملاك الملاكين السالمين عن الحقوق، بمعنى كان الملك طلقاً لصاحبه فاذا غرس ذلك المالك أشجاراً ثم باع الارض من دون اغراسها فلا يجوز للمشتري قلع تلك الاغراس التي حين غرسها مبني على الدوام ويستحق للبقاء أيضاً ، لان الارض انما اشتريت مشغولة على تلك الاشجار ، فلا يكون للمشتري سلطنة على قلعها قطعاً حينئذ .

ومن هذا القبيل الارض المغروسة بعد تفليس المشتري فلا يجوز للبائع قلع تلك الاغراس التي غرسها المشتري المفلس ، لانه حين غرسها ليست الارض متعلقة لحق البائع لعدم تفليس المشتري وكذلك في الارض الموهوبة لو قلنا

برجوع الواهب بعد غرس المتهب فيها أغراساً .

وأما اذا كانت الارض مشغولة لحق الغير فالغرس فيها مع اشتغالها في حق لم يكن مبنياً على الدوام كما اذا غرس فيها مع تعلق الشفيع والمرتهن والمغبون، فحينئذ فلذي الحق سلطنة على قلع الغرس لسبق حقه ، فيكون مانعاً عن بناء الغرس على الدوام . ففي المقام للمغبون سلطنة على القلع كالشفيع .

فان قلت : لو كان المغبون والشفيع سلطنة على القلع فقلعا للزم الضرر على الغابن وعلى المشتري في الشفعة .

قلت : بقاء الغرس في أرض المغبون والشفيع ضرر عليهما أيضاً فيتعارض الضرران والمرجع قاعدة : الناس مسلطون على أموالهم . فهي تقتضي جواز ازالة الغرس عن ملكهما. والحاصل : أنه لما كان الغرس غير مستحق للدوام والبقاء لتعلق حق الغير على الارض فيجوز لمن له حق فيها بعد التشبث بحقه وأخذه الارض ازالة الغرس . فتلخص في ذلك المقام ثبوت السلطنة في ازالة الغرس وقلعه للمغبون كما ذكروا في الشفيع .

أما المقام الثاني : فهل يجب على المغبون أرش الغرس أي التفاوت بين كونه منصوباً وبين كونه مقلوعاً على ماسيأتي بيان كيفية الارش أم لا ؟ والغرض هنا بيان وجوب أصل الارش على المغبون ، فظاهر المشهور ممن تعرض للمسألة وجوب اعطاء الارش على المغبون لصاحب الغرس تداركاً لضرره حيث قلنا بجواز قلعه للمغبون كما علل في « الجواهر » أنه مقتضى الجمع بين الحقين وقد خالف في ذلك فخر المحققين حيث ذهب الى عدم الارش لان بناء الغرس ووضعه وان كان بحق الا أنه كما عرفت في المقام الاول ليس مستحقاً للدوام والبقاء كما حكموا لسلطنة المغبون على ازالته، فحيث يجوز ازالة الغرس على المغبون والشفيع لسبق حقهما وعدم ثبوت حق للغارس في البقاء والدوام فلاوجه حينئذ

لثبوت الارش على صاحب الارض ولادليل عليه فيشكل حينئذ قول المشهور حيث ذهبوا الى ثبوت الارش .

والتعليل بأنه جمع بين الحقين وأن القلع ضرر على الغارس كما أن البقاء ضرر على صاحب الارض فمقتضى الجمع بينهما سلطنة على القلع مع الارش عليل . اذ القول بقلع الغرس وجواز ازالته انما هو من جهة استلزام بقائه الضرر على صاحب الارض فلو قيل حينئذ بلزوم الارش على صاحب الارض في صورة قلعه يلزم الفرار عن الضرر الى الضرر بل القاعدة المقررة ماذكرنا من أن البقاء ضرر على المغبون والقلع ضرر على الغابن فيتعارضان فيرجع الى قاعدة السلطنة فمقتضى تلك القاعدة سلطنة صاحب الارض على جواز تصرفه في أرضه كيف يشاء وان استلزم ضرراً على صاحب الغرس .

فان قلت : أنه اذا استلزم اجراء تلك القاعدة الضرر على الغير يسقط عن الاعتبار، لان قاعدة السلطنة لاتجري اذاكانت مستلزمة للضرر لحكومة قاعدة نفي الضرر على سائر الاحكام كما قرر شيخنا العلامة « قده » في رسالته .

قلت : هذا الضرر لاحكومة له لما قلنا أنه معارض بالضرر اللازم على المغبون في صورة بقاء الغرس في أرضه فعند تعارضها تصير قاعدة السلطنة سليمة من غير جريان قاعدة الضرر حينئذ ، فعلى هذا ما ذهب اليه الفخر من عدم الارش يكون وجيهاً الأن يوجه كلام المشهور فنقول : دليلا لماذهب اليه وان لم ينصوا بذلك الدليل وهو أن يقال : أن مقتضى قاعدة من أتلف مال الغير ـ انتهى ... وجوب الارش على المغبون اذغاية الامر مما ذكرنا لهم هو الرجوع الى قاعدة السلطنة بعد تعارض الضررين ، فهي ـ أي قاعدة السلطنة ـ انما تثبت جواز ازالة الغرس، وأما مع وجوب الضمان والارش وعدمه ساكتة عن ذلك فلا ينافي لجواز القلع مع الارش بحكم قاعدة الاتلاف بل تلك القاعدة حاكمة على قاعدة السلطنة.

فان قلت : اذاكانت ازالة الغرس جائزة قدأذن الشارع بها فما معنى لجريان قاعدة الاتلاف وضمانه لان الضمان منفي باذن الشارع ؟

قلت : اذن الشارع انما يقتضي عدم حرمة الاتلاف وجواز ازالة ملك الغير عن ملكه ، وأما سببية الاتلاف للضمان فلا تنفيه كما هو الحال في موارد الاكل فى المخمصة وغيرها مما كانت السلطنة مستلزمة لاتلاف مال الغير هذا في ثبوت الارش .

و أما المقام الثالث : أعني أخذ الاجرة من الغابن و استحقاق على ذلك ، ففيه وجوه بل أقوال ثلاثة :

أحدها : ماعن « الروضة » في التخييربينه و بين القلع مع الارش ، فمعناه أن المغبون مخير بينهما ، فلو أراد البقاء مع أخذه الأجرة من الغابن ، له ذلك وان أراد الغابن قلعه . وهو مما لادليل عليه، بل مقتضى كون الغرس ملكاً للغابن: جواز تخليصه من مال صاحبه، غاية الامر يلزم طم الحفرة عليه . وأما ابقائه رغما لانف الغابن ، فلا تقتضيه القواعد .

وثانيها: ما عن بعض المشائخ في حاشية « الروضة » : أن الاختيار مع الغابن، فلو أراد ابقاء الغرس مع اعطاء الاجرة على صاحب الارض رغما لانف المغبون، له ذلك . وهذا القول يتم بمقدمتين :

احداهما : ان الغرس بمنزلة الاسباب الشرعية كالبيع و الصلح .

و ثانيتها : استحقاق المغبون على البدل ، بمعنى أنه ليس للمغبون الفسخ من حينه أومن أصله حتى يفسخ أصل العقد ، فتكون الارض سالمة له ، ثم يقلع، بل انما يوجب فسخه استحقاق البدل فيما تصرف الغابن وحيث كان تصرف الغابن في منافع الارض بالغرس ، فلوفسخ المغبون أخذ الارض لعدم نقله لامن جهة منافعها ، فان المنافع قد استوفاها الغابن ، فيلزمه البدل وهو أخذ الاجرة اذ بدل

منفعة الارض ليس الابالاجرة .

وفيه : أن كلتا المقدمتين ممنوعة :

أماالاولى : فلمنع كون الغرس الذي هو فعل الغابن من الاسباب الشرعية.

وأما الثانية : فلما عرفت أن المختار هـو القول بالفسخ من حينه لاالقول باستحقاق البدل .

وأما المنافع المستوفاة ، و ان كانت للغابن الا أن استحقاق الغرس للدوام والبقاء ليس من المنافع المستوفاة بل هـذا مثل اجارة الارض و تمليك منافعها مدة طويلة بحيث يمنع عن حق المغبون ، فهذا في محل المنع كما ستعرف .

وثالثها : ما هو المختار من أن لكل منهما القلع ، فلو أبقى المغبون الغرس على حاله لايستحق الاجرة من الغابن. نعم لورضي الغابن ببقائه مع الاجرة فهو معاملة جديدة تحصل من مراضاة جديدة .

هذاكله في جوازازالةالقلع للمغبون . ثم‌حيث قلنابذلك‌فهل ذلك بالمباشرة بأن لم يستأذن في قلع‌الغرس من الغابن أم ليس له المباشرة فيه ، بل له المطالبة من الغابن بالقلع ؟ وجوه ثلاثة :

قول : له المطالبة وان قلع فيها والاباشر بنفسه .

قول أووجه : ان لم يباشر المالك بعد المطالبة يرجع الى الحاكم .

وقول : باشر بنفسه من دون الاستئذان و المطالبة، كما ذكروا تلك‌الوجوه فيما لودخلت أغصان‌شجرة الدار الى ملكه . فلابد في تحقيق المقام من صرف الكلام الى قطع الاغصان .

فنقول : يقع الكلام تارة في وجوب القطع على‌مالكها ، وأخرى في‌جواز مباشرة صاحب‌الارض في‌قطع‌أغصان الجار. ثم لايخفى، ليس‌للاغصان‌خصوصية بل عروق الاشجار وجدران الجار وحائطه مثل الاغصان ، كما اذا مال جدرانه الى‌ملك الاخر أويخاف عليه من جهة خرابه وأمثال ذلك .

أماوجوب الازالة على الجارلوطالبهصاحب الهواء فقدقطع بهفي«الشرائع» و « جامع المقاصد » في كتاب الصلح . والظاهر هو المشهور من المتعرضين لتلك المسألة ، وقد خالف في ذلك العلامة « قده » في « التذكرة » حيث قال:

ان مالك الشجرة لايجب عليه ازالتها و أن جاز لمالك الارض لانه من غير فعله ويلزمه عدم الاجبار عليه . وجعل مخالفته مخالفاً للقواعد في « الجواهر » في كتاب الصلح ، ولكن مال اليه في كتاب العارية ، للشك في وجوب التخليص عليه بعد أن لم يكن الشغل منه للاصل وكونه مالكاً للاغصان لايقتضي بذلك.

وحاصل دليل القول بعدم الوجوب انتجاوزت الاغصان أوتجاوزتعروق الاشجار الى ملك الجار ليس مستنداً الى فعل صاحبه . والاصل عدم الوجوب ، فهو كالحبة التي حملتها الرياح أوالسيول الى ملك انسان فنبتت فيه ،كما جعل المحقق في العارية اتحاد حكم المسألتين ، ومن ذلك يظهر لك اختلاف فتوى المحقق في كتاب الصلح والعارية .

وقال في « المسالك » : في وجوب الازالة وجهان ، حكى عن« التذكرة » القطع بعدم الوجوب فتسقط مؤنة القطع وأجرته عن المالك حينئذ.

وكيفكان مستند المشهور يمكن أن يقال لوجهين :

أحدهما : أن بقاء ملك صاحب الاغصان والحبةالتي نبتت في ملك الغيرظلم وعدوان على الجار وصاحب الارض . فيجب عليه رفع ظلمه وعدوانه .

فيه : ان تجاوز الاغصان ليس من فعله وكذلك بقائها .

فلوقيل : ان رفعها مقدورعلى صاحب الاغصان فحيث لم يرفع يكونالابقاء حينئذ مستنداً اليه .

قلت : في رفع الاغصان كان الاجنبي وصاحب الارض و صاحب الاغصان على السواء ، فكما أنه مقدور على صاحبها كذلك مقدور على صاحب الهـواء والارض .

فان قلت: انفي رفع صاحب الهواءأغصان جاره من غير اذنه يلزم التصرف في ملك الغير فهو محجور شرعاً ، والحجر الشرعي كالعقلي .

قلت : انا نفرض الكلام في صورة عدم حجر صاحب الاغصان عن ذلك وحيث لم يكن مانعاً عن قطع الجار تلك الاغصان الخارجة الى ملكه فلا يكون حينئذ ابقائها مستنداً الى صاحبها ، فلا يتحقق الظلم والعدوان ، فلم يكن واجباً ازالتها لعدم مساعدة الدليل على ذلك .

وثانيهما : أن بقاء الاغصان في هواء الجار ضرر عليه ودفع الضرر واجب كفاية ،كما في المال المطروح في الطريق حيث يلزم من بقائه في الطريق الضرر فيجب على عامة المكلفين كفاية حفظه ، ففي المقام حيث يتوقف ذلك الوجوب على التصرف في مال صاحب الاغصان فهو ـ أعني التصرف ـ حرام على غير مالكها فتعيّن وجوب قطع الاغصان على صاحبها لعدم توقف ذلك الوجوب على مقدمة محرمة .

وفيه : أن مثل هذا الضرر الذي ليس مستنداً بفعل أحد وجوب دفعه غير معلوم ، ولو كان واجباً فانما يجب على صاحب الارض والهواء لا على غيره . وانما يجب دفع الضررعن مال الغير وحفظه اذاكان ذلك الغير غائباً ، أو حاضراً صغيراً غير متمكن كما في مثل المال المطروح في الطريق فانه اذا كان صاحبه حاضراً وقد طرح ماله في الطريق باختيار ليس لاحدوجوب حفظه كما هوواضح.

وكيف كان مع عدم ردع صاحب الاغصان وعدم ممانعته عن قطعها يصير حال صاحب الهواء كحاله ، واختصاص وجوبه على صاحب الاغصان غير معلوم كما في «التذكرة» . نعم لو امتنع يحرم عليه ذلك ، فيسقط اذنه في قطعها كما ستسمع .

هذا كله في وجوب قطعها لصاحبها ، أما جواز مباشرة صاحب الهواء في

قطع أغصان جاره ، فهل لـه ذلك أم يتوقف على الاستئذان من مالك الاغصان وامتناعه؟ فيه وجوه بل أقوال :

أما أصل جواز الازالة فقد عرفت من مسألتنا هذه لا اشكال فيه لعدم حق في اشتغال هواء الارض الى تخومه لاغصان أشجار جاره أو لعروقها فيكون شغلها في ملكه بغير حق فله تفريغ ملكه منها، كما لو دخلت بهيمة في داره ، ولم يقل أيضاً أحد بارجاعه الى الحاكم ، لان ازالة العدوان عن ماله أمر جائز مع التمكن .

وأما في ارجاعه الى المالك فيه أقوال :

أحدها : ظاهر المشهور الاستئذان من المالك وارجاع الامر اليه أولا، فان قطع بنفسه فبها والا قطعها من حد ملكها ، كما يظهر ذلك من «الشرائع» و«التذكرة» حيث عقب قطعها على قطع صاحب الاغصان ، كذلك في «الدروس» أنه يأمر صاحبها بقطعها فان امتنع قطعها هو أي مالك الهواء .

وثانيها : اطلاق المحكي عن «التحرير» أن للمالك الازالة من دون استئذان من المالك كما لو دخلت بهيمة الى داره وزرعه ، واستظهره في «جامع المقاصد».

وثالثها : التفصيل بين ما كان فيه ضرر بمراعاة اعتبار الاذن منه أو من الحاكم وعدمه ، فلا يحتاج الى الاذن في الاول دون الثاني ، مراعاة للجمع بين القواعد جميعها ، وقد قواه في «الجواهر» .

وجه المشهور واضح ، لان صاحب الهواء لايريد الا دفع الضرر ورفع الظلم عن نفسه ، فهو قد يحصل بأمره على مالك الاغصان من دون لزوم قبح التصرف في ماله . نعم لو امتنع ، له ذلك .

وأما ما ذهب اليه في «التحرير» و«جامع المقاصد» فبوجهين :

أحدهما : أن أزالة العدوان عليه أمر ثابت له فله ذلك من دون المراجعة الى مالكها وتوقفه على اذنه ضرر عليه .

وثانيها : أنه لو كان يجب عليه الاستئذان لكان اللازم الاستئذان من الحاكم اذا امتنع . والتالي باطل في المقام لانه لم يقل بـه أحد فكذلك الاول . ووجه التفصيل هو الجمع بين عدم لزوم الضرر على صاحب الهواء وازالة العدوان عن نفسه وبين قاعدة قبح التصرف في مال الغير .

ولكن التحقيق أن يقال : أن صاحب الاغصان والاشجار وأمثاله من صاحب البهيمة وغيرها لايخلو اما أن يكون حـاضراً غير ممتنع، أو حاضراً ممتنع، أو غائباً .

فعلى الاول ليس لصاحب الهواء والدار المباشرة في قلع الاغصان من دون الاستئذان ، لانه ليس له التصرف فـي مال الغير ، فرفع الظلم عن نفسه يحصل بارجاعه الى المالك ، والمفروض أنه مقدم لرفع الضرر وقطع الاغصان .

هكذا قال شيخنا الاستاذ «دام ظله» من غير تفصيل في هذا القسم .

أقول : هذاعلى اطلاقه كما ترى ، لانه لوكان قطع الاغصان واخراج البهيمة مثلا مستلزمـاً لدخول صاحبها الى ملك الجار وداره ، فللجار حينئذ المنع فـي دخول مالك الاغصان والدابة لبيته لاغراض عقلائية ،كما أنه يخاف من اطلاعه على خلوات بيته مثلا . أو تشاحا ، فحينئذ يحرم تصرف مالك الاغصان ودخوله في بيت جاره ولو كان ذلك من جهة مقدميته الى قطع الاغصان ، كما أنه يحرم قطع الاغصان لمالك الهواء بنفسه .

ولو كان ذلك من جهة مقدمته لرفع الظلم والعدوان عنه، لانه كان رفع الظلم من غير تلك المقدمة المحرمة ، فتتعارض قاعدة قبح التصرف في مال الغير من الجانبين فيرجع الى أصل الاباحة أي اباحة الدخول في ملك الجار لقطع الاغصان واباحة قطع الاغصان للجار من دون الارجاع الى صاحب الاغصان وادخاله الى داره ، فهذا يكفي في جواز المباشرة واثباتها . فتدبر .

وأما على الثاني : ـ أعني ما كان صاحب الاغصان ممتنعاً ـ فحينئذ يكون بقاء الاغصان ضرراً على الجار كماأن قطعها ضرر على صاحبهافيتعارض الضرران، والمرجع قاعدة قبح التصرف في مال الغير لو كان . لكنه أيضاً متعارض من الطرفين بقاعدة السلطنةفان مقتضى سلطنة الجار فيهواه وأرضه قطعها ، ومقتضى سلطنة صاحب الاغصان عدم قطعها ، فيرجع حينئذ الى أصالة الاباحة ، فيكفي حينئذ في اثبات مباشرةالجار بنفسهفي قطع الاغصان ، كماهو صريح المحقق والكركي . وأما على الثالثفيرجع الى الحاكم لو لميكن لصاحبالجارولاية في قطع الاغصان ، لكن الظاهر ثبوت ولايته لدفع الظلم والعدوانعن نفسه من دون استرجاعه الى الحاكم .

ومن ذلك يظهر لك أن في الصورة الثانية ـ أعني ماكان صاحب الاغصان ممتنعاً ـ حيث قلنا باباحة القطع ، وجواز المباشرة للجار انما يكون ذلك من دون توقفه على الحاكم وان كان ربما يتراآى في بادي النظر الرجوع اليه لانه ولي الممتنع ، لكن المقرر أنه ولي حيث لاولي .

ففي المقام ولاية لصاحب الارض في رفع الظلم عن نفسه كالمديون ، فانه اذا يريد أداء دينه، فلو امتنع الدائنعنقبولهوأخذه لايجب على المديونالرجوع الى الحاكم في تعيين ما في ذمته ، بل له تعيينما في ذمته ، بخلاف الدائن، فان امتنع المديون فيرجع الى الحاكم ، فليس للدائن بنفسه تعيين حقه عن أقوال المديون . فالفرق واضح ، لان الدائن ليسله ولاية في ذلك ، فلابد منالرجوع الى الحاكم بخلاف المديون ، فله ولاية في تعيين ما في ذمته فيصير بعدالتعين أمانة عنده مثلا ، فلا يجب الرجوع الى الحاكم ، فكذلك في المقام .

هذا كله في أغصان أشجار الجار ، وقد عرفت أن الاقوى عدم وجوب قطعها على صاحبها ان لم يكن بتفريطه ، لانه ليس مستنداً الى فعله ، كما ذكره

العلامة «قده» ومال اليه في عارية «الجواهر»، وان جعله في كتاب الصلح مخالفاً للقواعد .

وذهب جمع الى الوجوب، وهل المقام مثل ما هناك في وجوب القلع على الغابن وعدمه ؟وقد عرفت هناك أيضاً جواز المباشرة على القلع عند الامتناع وعدمه عند الاقدام وهل للمغبون أيضاً مثل ذلك، فيجري في الغابن مايجري على صاحب الاغصان من الاحكام أملا ؟ قد يقال بالفرق بين المقامين بوجهين :

أحدهما : ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» باحتمال الفرق بينهما من أن تجاوز الاغصان ليس من فعل مالكها بخلاف الغرس في المقام ، فانه مستند الى فعل مالكه ، فيجب عليه القلع وان قلنا بعدم الوجوب على ما ذكره العلامة « قده » .

وفيه : وان كان هناك لم يكن بفعله ، وفي المقام كان الغرس بفعل مالكه لكن ذلك الفعل لما كان مأذوناً فيه من جانب الشارع لجواز التصرف له كيف يشاء فكان فعله ـ أي غرسه ـ بحق من غير ورود نهي شرعي عليه، فحينئذ لايكون مناطاً للفرق في وجوب القلع هنا وعدم وجوبه هناك ، اذ الفعل المأذون فيه كعدمه في عدم الضمان وعدم كونه منشأ للحكم مجازاة .

وثانيهما : ما ذكره العلامة الاستاذ «دام ظله» في مجلس البحث من أنه وان قلنا بعدم وجوب القطع هناك على صاحبها الا أنه نقول بوجوب قلع الغرس على الغابن هنا لانه يجب عليه تسليم المبيع الى البائع المغبون كما أخذه على ما هو عليه .

ومن المعلوم أن المبيع حيث انتقل الى الغابن كان خالياً عن الغرس، فيجب عليه رده خالياً عن الغرس أيضاً ،وهو لايكون الا مع قلعه وتخليصه عنه، فوجوب طمّ الحفر عليه أيضاً انما هو من جهة وجوب تسليمه كما انتقل اليه ،ولو امتنع

الغابن عن قلعه كان للمغبون حينئذ المباشرة فيه لعدم استحقاقه على البقاء في ملكه دائماً ، ولو رضي بالاجرة فله ذلك .

فتلخص مما ذكرنا : أن لكل منهما تخليص ماله عن مال صاحبه ، الا أنه على الغابن أرش طمّ الحفر ، وعلى المغبون أرش الغرس .

أما الاول فلوجوب دفع المبيع على المشتري الغابن للمغبون البائع وتسليمه على ما هو عليه ، فطمّ الحفر يكون مقدمة لتسليمه كما أخذ .

وأما الثاني فلما ذكرنا من اقتضاء قاعدة الاتلاف ذلك ، فبعد تعارض ضرر البقاء وضرر القلع يرجع الى قاعدة «من أتلف» ، فيستحق الغابن على المغبون أرش الغرس .

فهل هو تفاوت ما بين كونه منصوباً مجرداً وبين كونه مقلوعاً، أو بين كونه منصوباً دائماً دون استحقاق الاجرة على المغبون من الغابن وبين كونه مقلوعاً ، أو بين كونه منصوباً دائماً مع ملاحظة أجرة الارض وبين كونه مقلوعاً ؟ وجوه ، ظاهر كلام شيخنا العلامة «قده» في «المكاسب» وغيره ممن تعرض لاخذ الارش هو الوجه الثاني ، بأن يقوّم الغرس منصوباً دائماً، ويقوّم مقلوعاً ويؤخذ تفاوت القيمتين من المغبون .

فيه : ما ذكره في «الجواهر» بقوله : قلت : بعد فرض عدم استحقاقه للبقاء في أرض المغبون لامعنى لاخذ الارش بقيمة كونه منصوباً دائماً، كيف ربما يكون ذلك مستلزماً لاخذ تمام الارض المبيعة بل أزيد منه عوضاً للتفاوت بين كونه منصوباً دائماً وبين كونه مقلوعاً ، فيكون الغرس والارض كلاهما للغابن .

وأما وجه احتمال الثالث هو الجمع بين الحقين، أي يؤخذ تفاوت المنصوب دائماً مع ملاحظة أجرة بقائه في الارض كذلك . ويرد عليه أيضاً ما في السابق من عدم استحقاق الغرس للبقاء والدوام ، فلاحق للغابن في بقاء غرسه في ملك

الغير فلاوجه حينئذ لملاحظة الجمع بين الحقين .

فتعين أن الحق هو الوجه الاول ، فيلاحظ تفاوت القيمة بين كون الغرس قائماً مجرداً عن استحقاق بقائه في الارض وبين كونه مقلوعاً وان كان ذلك مستلزماً لانتفاء الارش في أكثر الاوقات والموارد. لكن لاضير في ذلك بعد كون المسألة عقلية واقتضاء القاعدة لذلك حيث ليس في البين اجماع ، بل المتعرض لمعنى الارش وبيان التفاوت بين المقلوع والمنصوب أقل قليل مما وجدناه . هذا كله في الغرس .

وأما الزرع : فالمشهور ممن تعرض له ذهبوا الى استحقاقه للبقاء فتعين ابقائه بالاجرة ، وعللوا بأن له أمد ينتظر .

فيه : منع واضح لعدم الفرق بين الزرع والغرس في استحقاقه للبقاء دون الغرس، والعلة ـ أعني: له أمد ينتظر ـ لايوجب استحقاق بقائه في أرض الغير ، نعم في قلعه يلزم الضرر على الزارع ، فينجبر بالارش كما ذكرنا في الغرس. فحال الزرع كحال الغرس طابق النعل بالنعل كما ذكره الشيخ الاجل الاورع في حاشية اللمعة ، وتبعه بعض تلاميذه . وأيضاً مع فرض البقاء لامعنى لقولهم يتعين ابقائه مع الاجرة لانه اذا فرضنا استحقاقه للبقاء في الارض لامعنى لاخذ الاجرة.

فان قلت : لعل الداعي الى بقائه مع الاجرة هو الجمع بين الحقين على وجه لايلزم الضرر على الطرفين .

قلت : يمنع امكان الجمع بين الحقين والضررين، بل هذا فرار عن الضرر الى ضرر آخر ، لانه من المعلوم أن البقاء ضرر على صاحب الارض ،كما أن رفعه وقلعه ضرر على صاحب الزرع ، فعند تعارضهما لايمكن أخذ الاجرة من الزارع الغابن ، لانه أيضاً ضرر عليه ، فالجمع بين الحقين لايقتضي أخذ الاجرة من الغابن ، لانه أيضاً ضرر فليس فرق بينه وبين الغرس لجريان تلك المقالة في

الغرس أيضاً. مع أنهم لم يلتزموا فيه، ولذلك أمر شيخنا العلامة «قده» في كتابه بالتأمل .

فلعله اشارة الى أن الغرس أيضاً مثل الزرع في عدم جواز القلع وضرر صاحب الارض ـ أعنى المغبون ـ في المقام فينجبر بأخذ الاجرة . أو أنه اشارة الى أن مع تعارض الضررين في الغرس لاينجبر ضرر صاحب الارض بأخذ الاجرة ، لانه لايكون منجبراً به كما هو المشاهد في أكثر الاوقات حيث اذا تخير المغبون بين بقائه في أرضه مع أخذه الاجرة وبين قلعه مع التزامه بأرشه لاختار الثاني، بخلاف الزرع ، فانه لقصر بقائه فينجبر ضرر البقاء بأخذ الاجرة .

فتلخص : أن الاقوى هو جواز الازالة في المقامين ـ أعني الغرس والزرع ـ من غير فرق بينهما ، فللمالك ازالتهما مع الارش فيعطي المالك لصاحب الغرس والزرع تفاوت ما بين كونه قائماً وبين كونه مقلوعاً .

فان قلت : أصالة براءة ذمة المالك عن الارش واقدام الغابن على الغرس والزرع في الارض التي تعلق عليها حق الغير لكونها في معرض الفسخ والاسترداد أدخل الضرر على نفسه يقتضيان عدم وجوب الارش على المغبون كما ذكر نظير ذلك في عدم وجوب الارش على المغيّر للاصل وبقاعدة الاقدام .

قلت: أما الاصل فمنقطع على ما ذكرنا من جريان قاعدة الاتلاف على ماهو التحقيق عندنا ، وأما عندهم فمنقطع بقاعدة لاضرر ، حيث ذهبوا الى أن الغابن ليس ظالماً بل انما فعل فعلا مأذوناً فيه، فلو قلع غرسه أو زرعه لزم عليه الضرر كما أنه لو بقي يلزم على المغبون الضرر فتجري قاعدة «لاضرر ولاضرار» .

أما بالنسبة اليهما فينتج أنه على فرض البقاء يلزم على الغابن أجرة الارض وعلى فرض القلع يلزم على المغبون الارش. ولكن قد عرفت هذا المسلك ليس بمختار عندنا ، لانه فرار عن الضرر الى الضرر فكرّ على ما فر .

فالتحقيق في مدرك وجوب الارش على المغبون حيث أثبتنا سلطنته على القلع: هو «قاعدة من أتلف مال الغير فعليه ضمانه» .

فرع

ذكر شيخنا العلامة الانصاري «قده» : لو طلب مالك الغرس القلع ، فهل لمالك الارض منعه لاستدامة نقص أرضه فان كلا منهما مسلط على ماله ، ولايجوز تصرفه في مال غيره الا باذنه أم لا ، لان التسلط على المال لايوجب منع مالك آخر عن التصرف في ماله ؟ وجهان ، أقواهما الثاني . الخ .

حاصله : أن كلا منهما مسلط على ماله ، أما المغبون : فله سلطنة في أرضه، وأما الغابن: فله سلطنة على غرسه فاذا شاء قلعه فله ذلك. واختار «قده» جواز قلعه لقاعدة السلطنة وعدم جواز منع المغبون عن ذلك، لان سلطنته في أرضه لاتستلزم منع سلطنة الغابن في ملكه .

فيه : منع واضح، ضرورة أن سلطنة الغابن في قلع غرسه تتوقف على مقدمة محرمة وهي حرمة التصرف في ملك المغبون مع عدم رضائه ومنعه عن دخوله في أرضه ، فمن المعلوم أن سلطنة انسان في ملكه اذا كانت مبتنية على الحرام لسقط عن السلطنة فلا يجوز له التصرف ، واما سلطنة المغبون في أرضه لاتستلزم مقدمة محرمة ، ولاتستلزم التصرف في ملك الغابن، فاذا دار الامر بينهما يكون عدم جواز دخول الغابن في ملك المغبون هو المتعين ، لانه يلزم التصرف في مال الغير من دون العكس ، فلابد حينئذ من الصلح القهري ، بمعنى : يبقى الغرس على حاله حتى يرضى صاحب الارض بدخول الغابن في ملكه .

فهذا نظير ماكان الماء في الكوز ، وكان كل منهما ملكاً لشخص ، فصاحب الماء اذا أراد الماء وتصرف في مائه يتوقف على التصرف في الكوز، وأما صاحب

الكوز اذا أراد المنع عن ذلك فله سلطنة على ابقاء الكوز على حاله ولايتوقف ذلك على التصرف في مائه ، فليس لصاحب الماء التصرف فى كوز الاخر مع منعه وعدم رضائه .

هذا ، ولكن قد يوجه كلام شيخنا العلامة « قده » بتقييده على فرض لزوم الضرر على الغابن عند منع صاحب الارض عن قلع غرس الغابن ، ففي حجر صاحب الغرس عن قلعه يلزم عليه الضرر وانكان ذلك الحجر من المغبون ومنعه عن دخوله في أرضه بمقتضى قاعدة السلطنة الا أنه اذا استلزم ذلك ضرراً على الغابن ولم يكن من جهة دخول الغابن في أرض المغبون ضرر على المغبون، فمنفي بقاعدة « لاضرر » لما هو المقرر اذا كان في سلطنة أحدهما في ملكه مستلزماً للضرر على الاخر ، بأن تصرف في ملكه تصرفاً موجباً للضرر على جاره ، فتنفيه قاعدة « لاضرر » .

هذا ، اذا لم يكن في عدم تصرفه في ملكه موجباً للضرر عليه ، والافيتعارضان فيرجع الى قاعدة السلطنة مثلا اذا فرضنا في حجر صاحب الماء عن التصرف في مائه استلزام الضرر عليه لعطشه أولفساد مائه ولم يكن اخراجه عن كوز الاخر ضرراً على صاحب الكوز ، بل صاحب الكوز يقول : اني لاأرضى التصرف في ملكي، لاني مسلط على كوزي كيف أشاء ، ومن جملته المنع عن التصرف في الكوز، فنحكم حينئذ بجواز التصرف في الماء لصاحبه واخراجه عن كوز الاخر وانكان منافياً لسلطنة الاخر لقاعدة « نفي الضرر » .

فتلخص : أن ما أفاده شيخنا العلامة « قده » على اطلاقه ممنوع ، فلابد من ملاحظة المقامات، فان لزم الضرر على المغبون بدخول الغابن في ملكه للغرس فعليه المنع لتعارض الضررين ، والمرجع قاعدة السلطنة والافليس له المنع .

وتحقيق ذلك يعلم في رسالته المفردة لبيان قاعدة لاضرر ، حيث قال في

آخرها في التنبيه السابع : تصرف المالك في ملكه سلطنة .

فيه : اما أن يكون لدفع ضرر يتوجه اليه أو لجلب المنفعة أو لغرض غير عقلائي كاللغو ، فعلى الاول لاينفيه لزوم الضرر على المجاز بدليل نفي الضرر، لان تحمله للضرر لئلا يتضرر الغير حكم ضرري أيضاً منفي بالقاعدة مضافاً الى أن المرجع عند التعارض هو عموم قاعدة السلطنة ، وعلى الثاني فكذلك أيضاً على الظاهر المشهور .

وأما على الثالث كما في فرض المقام حيث فرضنا عدم لزوم الضرر على المغبون أو على صاحب الكوزبدخول الغابن في ملكه واخراج الماء عن كوزه، فالظاهر لايجوز له المنع والسلطنة على أرضه وكوزه بهذا النحو من التصرف، لانه حكم ضروري منفي بدليل نفي الضرر ، الذي هوحاكم على قاعدة السلطنة وأمثالها .

هذاكله في الزيادة العينية المحضة .

وأما الزيادة العينية المشوبه: فقد مثلوا لهابالصبغ ، ففي « الجواهر » : ان كان المتغير صفة من جهة وعيناً من أخرى كالصبغ ، صار شريكاً بنسبته اذافرض زيادته بذلك مع احتماله مطلقاً ، الخ .

فيه : أن الصبغ داخل في الصفة المحضة لاعين له حتى يشتركا ، ولوسلمنا جهة عينية له فيكون بمنزلة التالف ، فلا يوجب الشركة ، نعم الصبغ قديكون من قبيل النقوش فله جهة عينية ، وأما اذاكان محض اللون فلايكون لهاجهةعينية عرفاً ، فلا تحصل الشركة ، كما هوواضح .

في تصرف الغابن بالمزج

فيما لوتصرف الغابن بالامتزاج ، بأن مزج المبيع بغيره : فلايخلو أما أن

مزجه بجنسه المساوي أو الارديء أو الاجود أو بغير جنسه : اما أن يكون مستهلكاً فيه أو غير مستهلك فهذه أقسام خمسة ، فينبغي بيان حكم كل قسم ، فنقول : هنا مسائل :

المسألة الاولى : بيان صورة امتزاجه بالمساوي : ففيه احتمالات : الشركة في القيمة ، أو عدمهما لحصول التلف بالمزج فيتعلق حق المغبون بالبدل في ذمة الغابن ، أو التخيير بين الاخذ بالغرامة وبين الشركة ، أو سقوط الخيار برأسه ـ كما حكي عن « الروضة » ـ أو احتمال سقوط الخيار في صورة المزج بالاجود وهو يجري في هذا القسم أيضاً لجريان مناطه ، اذ المناط في سقوط الخيار هو عدم امكان الاسترداد ، كما ذكروا في طرف المغبون على ماسمعت من ذهاب المشهور الى أن المغبون لو تصرف تصرفاً لايمكن معه الاسترداد ليسقط خياره ، لان الخيار منوط على استرداد العين ، لكن هذا الاحتمال في طرف الغابن في غاية الضعف لدعوى الاجماع على عدم سقوط الخيار بتصرف الغابن . ولذا قيد من حشّى « الروضة » وغيره كصاحب «الجواهر» ما احتمله في « الروضة » بسقوط الخيار في العين لا أصل سقوط خيار المغبون .

ثم ان المشهور قد أطلقوا بالشركة في هذه الصورة ـ أي فيما كان المزج بالمساوي ـ من دون تقييدهم بلزوم تدارك نقص الارش على المازج الغابن مع الواجب على ما أفاده بعض المشائخ أن يقال بلزوم تدارك نقص الشركة على الغابن لان الشركة عيب، فحيث مزج المبيع المنتقل من المغبون بماله كان موجباً للعيب، فانه اذا فسخ المغبون وجد ماله ممتزجاً، فحيث كان المبيع أولاملكاً مختصاً والمال صار ملكاً مشاعاً يكون معيباً لمكان الشركة فلابد من الارش ، كما قالوا بلزوم الارش على الغابن في صورة مزجه بالارديء .

والقول بأنهم ليسوا في مقام بيان تمام حكمه ، بل انما غرضهم مجرد حصول

الشركة من جهة المزج ، منقوض بصورة الردي ، حيث أنهم تعرضوا بالارش في صورة الامتزاج بالردي .

فان قيل : ان ذكر الارش فيه انما هو من جهة نقص مالي، وهنا ليس نقص مالى .

مدفوع : بأن النقص في الصفقة يوجب العيب فيها فيكون مستلزماً للنقص المالي أيضاً، الا أنه يمكن دفع ذلك الاشكال عنهم بأن عيب الشركة هنالايوجب منقصة مالية ، فان رطلا من الدهن اذا امتزج برطل مثله ، لايحصل نقصاً في قيمته فيجوز قسمته وتنصيفه من دون حاجة الى مؤنة .

نعم ، اذا كانت الشركة بحيث توجب العيب كما فيما يحتاج فصلها الى مؤنة أو تقلّ رغبة الناس مع صفة الشركة لكان القول بلزوم تدارك أرش النقص لايخلو عن قوة ، واشكال لزوم الربا في المتجانسين حينئذ سيأتي دفعه . وكيف كان ، حيث كانت المسألة ذات أقوال أربعة واحتمالات خمسة مع زيادة احتمال سقوط الخيار بل تزيد عن ذلك ، يتوقف توضيح الحال على تمهيد مقدمات :

« الاولى » لابد من أن يعلم حال مزج مال شخص بمال شخص آخر ، هل يوجب ذلك لحصول الشركة ، أم ليس له مدخلية في حصول الشركة ؟ وظاهرهم الانطباق على الاول وليس في ذلك مخالف معلوم عدا ابن جنيد ، حيث ذهب الى عدم مدخلية المزج للشركة و عدم كونه سبباً لها أصلا ، بل الشركة انما تتحقق بالقول ، فالمحكي عنه في « المختلف » لو تلف مال أحد الشركاء قبل انعقاد الشركة باختلاط المالين أو بافتراق كان ما تلف ، من مال صاحبه ، وان كان التلف بعد العقد والافتراق كان من مالهما جميعاً. انتهى .

فان ظاهره : أن التلف لصاحبه قبل عقد الشركة وانعقاده ، سواء امتزج المالان أم لم يمتزجا ، فان الاختلاط وعدمه ليس شرطاً ، لاوجوداً ولاعدماً للشركة،

بخلاف ما لو حصلت الشركة بالقول والعقد فيحصل اشتراكه بينهما والتلف منهما أيضاً وان لم يمتزج المالان ، بل كان مال كل من عنده غير مخلوط بآخره، لكن حيث تلف أحدهما بعد العقد لكان يحسب عليهما لحصول سبب الشركة ، وهو العقد وحده . وأما لو امتزج واختلط لكان من صاحبه ، لعدم حصول الشركة .

وحاصل هذا القول انكار سببية المزج وهو محجوج بالاجماع . وماأبين بينه وبين القول بانكار سببية العقد للشركة رأساً كما هو المحكي عن «الحدائق» فقال : ان سبب الشركة هو المزج ولامدخلية لعقد الشركة في حصول الشركة التي هي عبارة عن اجتماع حقوق الملاكين في مال واحد ، فلو حصل المزج اختياراً أو قهراً لتحصل الشركة ، فلا فائدة في العقد بعد ، ولو حصل العقد قبل الامتزاج لما تحصل الشركة الا أن يمتزج المالان ، ولذلك وجّه بعضهم بثمرة عقد الشركة أن ثمرته هو جواز التصرف ، فأورد عليه أن قولنا : « اشتركنا » لايدل بأنحاء الدلالة على جواز التصرف، فلابد بعد القول بتشريع عقد الشركة أن فائدته هي حصول الشركة .

وكيف كان ، ما في « الحدائق » من أنه لاتشمّ من الاخبار رائحة في دلالة عقد الشركة . ومدخليّته في حصولها محجوج أيضاً بالاجماع ، فلابد من القول بمدخليّة المزج للشركة .

« الثانية » بعد القول بكون المزج مما له مدخلية في حصول الشركة - كما هو ظاهر الاصحاب - فهل المدخلية على نحو السببية أو الشرطية ؟

والذي يستفاد من الجل بل الكل هو الاول، الاشيخ الفقهاء في «الجواهر» فالتزم بالثاني قائلا : أن العقد ، وهو قولنا « تشاركنا » سبب لها ، وأن المزج القهري شرط . ثم قال : على تقدير التسليم لامانع أن يقال : أنه أحد الاسباب كالمعاطاة في البيع ، الا أنه يعتبر حينئذ كونه اختيارياً ، وعليه فتكون الشركة

قدتحصل بالعقد وهو «تشاركنا»، وقدتحصل بالمزج الاختيارى. وأماالمزج القهري فلا تحصل به الشركة واقعاً ، وانما يفيد الاشتباه في كل جزء من المال ، الا أن الشارع حكم ظاهراً بكونه منهما من الصلح القهري .

وقال شيخنا الاستاذ « دام ظله » : «ان ماأفاده من عدم كون المزج سبباً، وانما هو شرط ...» يحتمل أن يكون مراده عدم قيام الاجماع الاعلى حصول الشركة عند المزج من دون دلالته على كون المزج سبباً ولعل المتيقن منه هو كون العقد والمزج علة مستقلة في حصول الشركة بان كان العقد سببا ، والمزج شرطاً .

ثم على تقدير تسليم سببيته بانعقاد الاجماع عليها، فلا نسلم انحصار السبب فيه، بل هو أحد الاسباب ، بأن يكون العقد سبباً ، والموت ونحوه أيضاً سبباً ، والمزج أيضاً سبب آخر ، الاأنه يعتبر فيه كونه اختيارياً لكونه أيضاً هو القدر المتيقن .

وأما المزج القهري ، فلا تحصل به الشركة الواقعية ، وانما تفيد الشركة الظاهرية المعبر عنها بالصلح القهري والاجباري .

ولعله لما أشار اليه في هذا المقام وغيره من كون المعتبر فيها هو عدم تمييز أحد المالين عن الاخر ، واقعاً وظاهراً ، وأما اذا لم يتميز أحدهما عن الاخر في المرحلة الظاهرية فهو نظير التصاق أحد المالين بالاخر ، فلا يمكن الحكم فيه الا بالصلح القهري والشركة الظاهرية .

الا أن الانصاف أن كل ذلك بمعزل عن التحقيق ، لمكان قيام الاجماع على كون المزج سبباً للشركة مطلقاً ، سواء حصل اختياراً أو اتفاقاً ، وأما الحكم بكون مفاده هو الشركة الواقعية أو الظاهرية أو يفصل بينهما ؟ فسيأتي الكلام فيه انشاءالله.

« الثالثة » أنه بعد القول بكون المزج أيضاً سبباً ، فهل هو سبب شرعي أو عقلي ؟ وجهان بل قولان ، والذي يستفاد من الجل هو الثاني ، بل صرح شيخنا العلامة الانصاري « قده » بعدم تعقل غيره، معللا بأنه اذا فرض امتزاج أحد المالين

بالاخر ولايمكن تمييز أحد المالين عن الاخر ، بحيث اذا أشير بالاشارة الحسية الى أحدهما، كانت تلك الاشارة هي عين الاشارة الحسية الى الاخر واقعاً أوظاهراً، كامتزاج أحد المالين بالاخر ، فلا يتصور هاهنا الحكم بما عدا الشركة .

ولامسرح للشارع أن يحكم بخلاف ماحكم به العقل ، نعم اذا أمكن تمييز أحد المالين عن الاخر بحسب الواقع وان لم يمكن ذلك في مرحلة الظاهر كالتصاق أحد المالين بالاخر كما في الصبغ ونحوه أمكن للشارع أن يحكم بخلاف الشركة أو الشركة البدلية أو العينية ، كما أنه هو الثابت في المثال المزبور ، الا أن الاقوى عندنا وفاقاً لصاحب « الجواهر » هو الاول من أن الحكم بكون المزج سبباً عقلياً ان لوحظ بالنسبة الى عدم تمييز أحد المالين عن الاخر ، فهو مستقيم ، الا أنه خارج عن حقيقة الشركة ، لانها عبارة عن نقصان سلطنة أحدهما في ماله من جهة مزاحمته بمال الاخر وان لوحظ بالنسبة الى المعنى المذكور. فهو غير صحيح جداً لما عرفت من أن الحكم بحصول النقصان في السلطنة انما جاء من حكم الشارع .

وعليه فلابد من أناطته بالدليل الشرعي ، حيث أن المفروض بل المعلوم منه هو الدليل اللبي وهو الاجماع ، فلابد من الاقتصار فيه على المتيقن ، وهو ماكان المزج اختيارياً .

« الرابعة » أنه على القول بكون المزج سبباً شرعياً ـ على ما اخترنا ، وفاقاً لصاحب « الجواهر » بعد التنزل منه في المقام ـ فهل تفيد الشركة الواقعية مطلقاً، أو الظاهرية مطلقاً، أو يفصل بين ما كان اختيارياً وبين ماكان اتفاقياً ؟ وجوه واحتمالات، والـذي يستفاد من « الجواهر » فـي كتاب الغصب أولا بعد التنزل عن انكاره السببية وقبوله لها: هو الفرق بين الامرين ، وهو التفصيل المذكور، الا أن الاقوى ـ وفاقاً للاصحاب ـ هو الاول وبطلان الشركة الظاهرية في المقام .

أما على القول بكون الشركة الظاهرية مباينة للشركة الواقعية فواضح اذلا وجه لتعين أحدهما من دون دليل تعينه في المقام .

وأما على القول بكون الشركة الظاهرية هو القدر المتيقن بناءاً على رجوع النسبة بينهما الى الاقل والاكثر على تكلف ، فلان الاخذ بالمتيقن في المقام انما يتعين اذا ترتبت عليه الثمرة الغير المترتبة على الاخر ، وأما فيما لم تحصل هذه كما في مواقع الاشتباه الابدي ، فلا تعين له بل لامسرح اليه ، والمقام من هذا القبيل .

ولعله أوقع صاحب « الجواهر » في التنزل عن ذلك أيضاً في آخر كلامه في باب الشركة ، حيث ذكر أنه يمكن بعد القول بكون المزج القهري مفيداً للملك الواقعي على نحو المزج الاختياري أنه لامانع من كونه جزءاً للسبب ، الا أنه ذكر بعد ذلك كلاماً لايخلو عن تهافت مع بعض الكلمات المتقدمة منه؛ فراجع.

فتلخص مما ذكرنا في المقامات الاربعة : أن المزج مما له مدخلية في حصول الشركة ، لكن على نحو السببية الشرعية في الواقع لافي الظاهر ، خلافاً للاسكافي ولصاحب « الجواهر » في الثاني ، ولشيخنا الانصاري « قده » في الثالث ولصاحب « الجواهر » ـ أيضاً ـ في الرابع بعد التنزل عما ذكره أولا ، وقد عرفت أيضاً من مطاوي كلماتنا أن ماأفاده شيخنا العلامة « قده » يتم بأمرين :

الاول : بقاء حقيقة المالين الممتزجين في الواقع وعدم انعدامها رأساً، بحيث وجد فيه فرد ثالث ، بأن يبقى مادتها من دون تبدلها الى مهية ثالثة ، وانما التبدل بالنسبة الى الصورة النوعية .

والثاني : بقاء جوهر الفرد في كل جزء ، بحيث تقبل التجزئة الى نصفين وبعبارة أخرى: بطلان تحقق الجزء الذي لايتجزىء ، اذ بعد تسليم هاتين المقدمتين لاجرم يحكم العقل بوقوع الشركة بينهما، وخالف جماعة في الاول ، منهم الفاضل

المقداد في « التنقيح » حيث قال : في الممتزج مطلقاً ، سواء كان الامتزاج فيه بجنسه أو بغيره أنه انعدم الممتزجان وفنيا وحدث الفرد الثالث .

الا أن الاقوى خلافه ، لوضوح بقاء مادتها بحالها ، غاية الامر أن التغيير انما وقع في الصورة النوعية مطلقاً في الجنس وغيره . نعم ، الفرق بينهما هو أن الانقلاب في الاول انما يكون بالنسبة الى الفردين من جنس واحد وفي الثاني بالنسبة الى الفردين من جنسين .

وكذلك خالف صاحب « الجواهر » بعد تسليم بقاء المادة وعدم تحقق الانعدام رأساً أن التميز انما يكون في الباطن الا أن الاشتباه انما طرأ في مرحلة الظاهر، فيكون الممتزج نظير التصاق احد المالين بالاخر ، ولذا لاتكون الشركة الافي الظاهر دون الباطن ، كما أشرنا اليه ، كما أن لازم كلام الفاضل المتقدم في « التنقيح » عدم تحقق الشركة في المقام أصلا ، لاظاهراً ولاواقعاً ، بل يحكم في المقام بتحقق الاتلاف والغرامة ، كما ستأتي الاشارة اليه بعد ذلك .

وعلى أي حال ، فكلام صاحب « الجواهر » ككلامه لايخلو عن وهن ، بل الاقوى ماذكره شيخنا الانصاري « قده » في الامر الاول من عدم تمييز أحد المالين عن الاخر واقعاً مع بقاء مادتهما من دون فرق بين الجنس وغيره ، نعم انما يختص ذلك بالمايعين ومافي حكمهما كالمدقوق ونحوه ، فلا يجري في الحبوبات، كما لايخفى على المنصف ، ولكن هذا أيضاً لايجدي لما جزم به من الحكم بتحقق الشركة عقلا الا بعد اثبات الامر الثاني .

والظاهر أن المتحقق في محله عدم صحة مقالة من حكم بوقوع الجزء الغير المتجزىء ، وعليه لايكون الشركة شرعية . ثم على القول بكونها شرعية ، فقد عرفت الخلاف في كونها واقعية أو ظاهرية ، وقد أشرنا سابقاً أن مفاده هي الشركة الظاهرية نظراً الى أن الدليل الدال عليها هو الاجماع وهو لبي يقتصر على القدر

المتيقن منه ، فيكون الحكم فيه هو الصلح القهري وهو المعبر عنه بالشركة الظاهرية. الا أن الاقوى ـ على ما يقتضيه التأمل عاجلا ـ خلافه لما أشرنا اليه سابقاً من أن الالتزام بذلك انما يجدي فيما يترتب عليه ثمرة يعتد بها وهي منفية في المقام .

« الخامسة » تحقيق معنى الملك والمال وبيان حقيقتهما وبيان النسبة المتصورة بينهما من النسب الاربعة ، فنقول :

أما الاول ـ أعني بيان تعريف كل منهما ـ : فالذي يستفاد من كلماتهم في تعريف المال أمران : أحدهما : هو ما ينتفع به أو ببدله ، الثاني : ما يبذل في مقابلة العوض وأما الملك : فكلماتهم ساكتة عن تعريفه ، غير أن المستفاد من كلام بعض الحكماء هو : أن الملك عبارة عن جهة نسبة العين مثلا الى صاحبها، وزاد بعض عليها كونها على نحو اختصاص أحدهما بالاخر ، وفسره بعض بأن يكون اختصاص العين على نحو اباحة التصرف لصاحبها فيها كيف شاء وأي وجه يريد.

وأما الثاني : وهو بيان الفرق بينهما والنسبة المتصورة ، فنقول : المعروف فيما بينهم كون النسبة على نحو العموم والخصوص المطلق بأن كان الملك أعم والمال أخص ، الا أنه قد يستفاد من شيخنا العلامة الانصاري « قده » كون النسبة على نحو العموم والخصوص من وجه ، اما باعتبار العين في الملك دون في المال، فعليه يمكن افتراق الملك عنه في الحقوقات المالية ، كحق الخيار ونحوه كافتراق المال عن الملك في نحو حبة حنطة . أو باعتبار أن جهة الاختصاص انما تزول بالمزج ، فعليه أيضاً يفترق الملك عن المال في نحو المقام .

وكيف ما كان فان تم ما أفاده « قده » تم الفرق المذكور والا فلا .

«السادسة» في بيان حال المالين المتساويين في المقدار المختلفين في القيمة اذا امتزجا، كما اذا اختلط حقة حنطة جيدة لشخص ساوت قيمتها بدينارين بحقة حنطة أخرى ردية ساوت قيمتها بدينار ، فهل يحكم بالغرامة والبدل ، أو بالشركة ؟ وعلى

الثاني فهل تلاحظ الشركة بنسبة المالين من حيث القيمة ، فتحصل الشركة حينئذ على وجه التثليث ، أو من حيث المقدار فيكون على وجه التنصيف. وعلى الاول ، أعني الشركة بحسب المقدار ، فهل يلزم الربا بناءاً على عمومه لكل تبديل ومعاوضة من غير اختصاصه بالبيع ولا بالمعاوضة الاختيارية أم لا ؟

وجوه واحتمالات ، يتوقف تنقيحها على تنقيح مفاد « على اليد » في أنه هل هو مسوق لبيان الحكم التكليفي فقط من وجوب الحفظ أو الرد ـ كما ذهب اليه النراقي في « عوائد »ه ـ أو أن مفاده هو الحكم الوضعي من الضمان ـ كما عليه المشهور ـ فعليه الغرامة في التلف الحقيقي والبدل في الحيلولة ، وملكية البدل في الاول مستقر وفي الثاني متزلزل بزوال الحيلولة ، وان التلف الحكمي كالتصرف الملزم من بيع ونحوه في زمان الخيار ممن عليه الخيار ، هل هو بمنزلة التلف الحقيقي ، فلا يعود بعود تلك العين ؟ أو بمنزلة الحيلولة ويعود بعودها الى من عليه الخيار بفسخ أو عقد جديد ؟ أو زوال مانع كالاستيلاد حسب ما مضى تحقيق بعض تلك الفقرات مفصلا ؟ .

والكلام هنا ليس في ذلك ، بل انما الغرض في بيان « على اليد » . فالتحقيق أن يقال :

أن مفاده ليس هو التكليف فقط ، ولا الضمان فقط ، بل مدلوله أمر عام بسيط يختلف لازمه باختلاف الموارد ، وليس ذلك اختلافاً في مداوله بل الاختلاف في لوازمه باختلاف الحالات والموارد ، فلازمه مع بقاء العين هو وجوب الرد ، ومع التلف الحقيقي الغرامة المقتضية للملكية المستقرة للبدل ، ومع الحيلولة تزلزل الملكية للبدل ، وكذلك مع التلف الحكمي .

وذلك المعنى العام عبارة عن العهدة ، فان لازمها وجوب الخروج عن العهدة برد نفس المأخوذ ان كان ممكناً ، والافبالاقرب اليه مهما أمكن ، وهذا هو

السر في لزوم الغرامة بالمثل في المثلي ، والقيمة في القيمي ، اذ ليس له دليل تعبدي بل هو لاقتضاء العهدة ، الاقرب الى العين فالاقرب بقدر الامكان .

فحينئذ لو فرضنا في مورد كان الاقرب الى العين شيئاً آخر سوى المثل والقيمة كان هو المتعين في الخروج عن العهدة ، فلو فرض المثل المعين الشخصي الخارجي أقرب الى المثل الكلي كان هو المتعين ، فلا يصار الى الكلي لعين ما هو ملاك في وجوب المثل في المثلي، والقيمة في القيمي . فيجب على الغارم المتلف دفع ذلك المعين الجزئي دون الكلي .

ومن ذلك يظهر لك أنه لو قلنا : أن المزج اتلاف ـ كما يقول به الحلي ـ فلا تلزم الغرامة بالبدل الكلي ، بل تتعين الغرامة من العين الممتزجة ، ولازمه حصول الشركة في نفس العين ، لانها أقرب من المثل الكلي ، وكذلك في الممتزج بالارديء ـ حسب مايجيىء تفصيله ـ فهل الامتزاج حينئذ موجب للشركة في نفس العين بحسب المقدار أو تجب المالية ، وهل يلزم الربا على الثاني أم لا ؟ .

قد يقال بالاول ، نظراً الى أن الشركة في العين مستلزمة للمبادلة وملكية كل منهما لمال الاخر ، فاذا كان الاجود مناً يسوي دينارين والارديء مناً يسوي ديناراً ، وقلنا بأن الغاصب للردي المازج بماله الجيد يملك الثلثين من مجموع المنين لزم الربا ، فاللازم حينئذ هو الحكم بالشركة بحسب مقدار المالين لا بمقدار ماليتهما، ولذا اختار صاحب «الجواهر» في هذه المسألة ، الشركة في القيمة لا في العين .

ويجري الاشكال في العكس أيضاً ، وهو المزج بماله الارديء ولذا اختار في « الجواهر » ـ هنا ـ الشركة في العين مع أرش التفاوت وان كان يرد عليه : أن كلامه « قده » متفاوت في المسألتين ، لكن كلاهما مبني على عدم الشركة بحسب المالية، بل اما في العين من حيث المقدار مع الارش أو في القيمة كالمالين

المتلاصقين .

وكيف كان ، دخول الربا فى الشركة بحسب المالية يتوقف على أمرين : أحدهما : أن الشركة العينية متضمنة للمبادلة وتشبه المعاوضة . و ثانيهما : عدم اختصاص الربا بالبيع ، بل يجري لكل معاوضة اختيارية كانت أوقهرية .

ولكن اختار شيخنا الاستاذ حصول الشركةمن حيث المالية ، والجواب عن الربا ما حققه في الشركة الحاصلة بالمزج من الاشاعة القهرية وحصول الانقلاب القهري في المالية وزوال الملكية ، لان لازمه عدم حصول معاوضة و مبادلة بين المالين أصلا ، بل انما حصلت المالية الثالثة بسبب الانقلاب ، لان هذه المالية الواحدة بعد الامتزاج والاشاعة قائمة بمجموع الاجزاء والماليتين الاولبين قائمتين بالممتازين.

بعبارة أخرى: قبل الامتزاج، المالية قائمة بموضوعين، وبعده تقدم بموضوع واحد ، فلابد من ملاحظة النسبة بين الماليتين الاولبين والاخذ بهما في العين الممتزجة . فمالية الجيد المساوي لدينارين كانت قائمة بحقة واحدة وكانت المالية ممتازة كموضوعها وبعد المزج ليست ممتازة ، بل هي قائمة بمجموع الاجزاء على وجه الاشاعة في ضمن المالية الواحدة الحاصلة للمجموع ، فلم تحصل المبادلة بين المالين، بل انما اختلف معروض المالين، فعين المالية الاولى باقية بحالها الا أنها قبل الامتزاج كان لهامفروض وموضوع ممتاز وبعده مفروض آخر غير ممتاز ، فلاربا حينئذ أصلا .

وحيث عرفت ذلك فلنشرع في أصل المسألة الاولى من المسائل الخمسة ـ أعني المزج بالمساوي في الصفات المالية ـ وقد ذكرنا أن الاحتمالات خمسة ، فينبغي بيان مداركها وترجيح الاقوال بينها: أحدها ـ لزوم الغرامة من غير حصول الشركة. وثانيها ـ الشركة في العين . وثالثها ـ الشركة في القيمة ـ كما اختاره

في « الجواهر » في المزج بالاجود ـ . و رابعها ـ تخيير المغبون أوالمغصوب منه بين تغريم الغابن أو الغاصب بالمثل والقيمة وبين أن يشترك في العين أوفي القيمة . وكل تلك الاحتمالات مشتركة بين المقام والغصب . وخامسها ـ مختص بالمقام ـ أعني باب الخيار ـ وهو سقوط الخيار رأساً ، ذكره في « المسالك » وجهاً في الارديء ويجيىء هنا أيضاً لاتحاد المناط والمدرك .

وجه الاول : أن المزج اتلاف واهلاك كالمزج بغير المجانس ، فتجب الغرامة على المغبون على قواعد الاتلاف .

وجه الثاني : أن المزج ليس اتلافاً بل هو كالمالين المتلاصقين غير ممتاز ، و لكن المزج هنا سبب للشركة في العين عقلا أو شرعاً ، واقعاً و ظاهراً على الخلاف .

وجه الثالث : أن المزج ليس اتلافاً ولا سبباً للشركة بل هو كالمالين المتلاصقين لايمكن افرازهما فتصير الشركة في القيمة لافي العين .

وجه الرابع : على ماذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » في باب الغصب أنه مقتضى القاعدة على قياس سائر موارد اجتماع السببين المتزاحمين ، فانه اذا اجتمع هنا سببان من كون المزج اتلافاً ـ كما عليه الحلي ـ ومن أنه يصير سبباً للشركة أيضاً ، فيتخير المغبون بين أيهما شاء ، كما ذكروا فيما لو أتلف المبيع قبل القبض متلف فاجتمع حينئذ سببان :

أحدهما : التلف قبل القبض ، وهو موجب للانفساخ وأخذ الثمن .

ثانيهما : الاتلاف ، وهو موجب للغرامة والاخذ بالبدل ، فالمشتري مخير بين تغريم المتلف بالبدل وابقاء البيع بحاله وبين الرجوع الى البائع بالثمن عملا بقاعدة التلف قبل القبض والمقام مثله بناءاً على كون المزج اتلافاً ، فمن حيث أنه اتلاف ، سبب للغرامة ، ومن حيث أنه مزج ، سبب للشركة ، فله اعمال أيهما

شاء مخيراً بينهما و كون سببية المزج للشركة عقلية ، وسببية الاتلاف للغرامة شرعية لايضر بعدثبوته ، لان السببية الشرعية بعدثبوته كالعقلية .

هذا ، ولكن فيه مالايخفى ، لان السببين هنا غير متزاحمين ، اذ المزج وان كان عنده اتلاف ، الا أنه في المماثل المساوي يوجب الشركة لما اعترف «قده» من كون الغرامة في العين أقرب ، فالغرامة أيضاً سبب للشركة في العين فاتحد مقتضى السببين فأين التزاحم في البين ؟! .

ولعل احتمال التخيير يصير أقوى في المزج بالارديء لعدم أقربية العين ، بل قاعدة الاقربية توجب البدل ، والمزج يوجب الشركة فيتزاحم السببان ، فيتخير بأخذ أيهما شاء .

والوجه في الخامس : كون المزج اتلافاً وان التلف موجب لسقوط الخيار ، وكيف كان ، الاقوال عن تلك الاحتمالات قولان : أحدهما : قول الحلي حيث ذهب الى الاحتمال الاول من لزوم الغرامة . وثانيهما : المشهور ، أعني الاحتمال الثاني من الشركة في الغبن .

فاستدل الحلي : بأن المزج اتلاف و اهلاك للمال ، اذليس اتلاف المال الاعبارة عن اتلاف ماليته لا اعدام عنه لاستحالة طرو العدم على الوجود ، ومن المعلوم المالية الممتازة انعدمت بالمزج فالموجود مال آخر . و أورد عليه في « المسالك » بوجوه :

أحدها : منع كونه اتلافاً لبقاء العين غاية الامر يبدل وصفه بالامتزاج ، فالقول باتلافه انكار للحس والوجدان .

ثانيها : سلمنا أنه اتلاف لكن مقتضى الاقربية الغرامة من نفس العين الممتزجة لامن البدل الكلي المباين له ، فالغرامة من العين عين الشركة .

ثالثها : انماذكره الحلي مستلزم لماهو مخالف للاجماع ، وهو أنه لوفرضنا

أن الغاصب غصب مال شخصين ومزجهما ، فان لازمه صيرورة الغاصب مالكاً للمالين لان المفروض ان مالهما قد تلف ووجب على الغاصب الغرامة فيملك العين، ويلزم كون الغصب مملكاً في المزج ، كما ذكر ابوحنيفة في مطلق الغصب .

رابعها : النقض بالمزج القهري ، فان المالين لشخصين لو تلفا بالمزج فما حال هذا المال ، هل يبقى بلا مالك أو يدخل في المباحات، أو يبقى لملك مالكها على الشركة اذ ليس فيه غارم وغاصب حتى يقال : أنه يملك التالف بسبب الغرامة حذراً عن الجمع بين العوض والمعوض ، فلامناص فيه الا الشركة ، فهو الـزام بسببية المزج للشركة في المزج القهري وكذلك في المزج الاختيارى بالغصب أيضاً لاتحاد المناط .

وخامسها : النقض في المزج في الغصب اذا غصب المال وامتزج بماله فهو على قاعدته سبب لاتلاف كلا المالين لا أحدهما فقط لانهما على حد سواء، غاية الامر تغريم الغاصب في مال المغصوب منه وفي ماله لاغرامة ، لان الانسان لايغرم مال نفسه ، فهل له أن يقول حينئذ بكونه بلامالك فيكشف ذلك كله عن عـدم كون المزج اتلافاً بل هو موجب للشركة فقط لان بطلان اللازم يكشف عـن بطلان الملزوم .

وأجاب شيخنا الانصاري في كتاب الغصب ـ انتصاراً للحلي ـ عن الاول بما بنى عليه الامر في مسألة المزج من كونه موجباً لزوال الملكية والاختصاص في كلا الطرفين ، فانه حينئذ سبب لتلف الملكية . لكن هنا شيء آخر لم يلتفت الحلي اليه وهو أن الملكية وان كانت تالفة بالمزج الا أن المالية، باقية بحالها ـ كما مرّ بيانه ـ فمن هذه الجهة تحصل الشركة في المالية فالحلي لاحظ جانب الملكية فقط فزعم أن تلفهـا موجب لتلف المالية أيضاً ، فذهب الى الغرامة . والمشهور لاحظوا جانب المالية ، فزعموا عدم حصول التلف حتى في الملكية ، فأوردوا

عليه بمنع التلف رأساً .

فيه : أن المزج موجب لتلف الملكية والاختصاص قهراً وعليه مشى الحلي في جميع الفروع الخمسة ، والحاصل : أن العين مشتملة على جهات ثلاثة : العينية ، والمادة ، والملكية والمالية ، فمنع كون المزج اتلافاً حسن بالنسبة الى الجهة الاول ، بداهة أن جوهر العين ومادتها ليست قابلة للتلف ، الا أنه بمجرده لايجدي شيئاً ، لان الغرامة والضمان ليست دائرة مدار المادة ، بل المناط فيه هو الملكية والمالية، والتلف يلاحظ فيها.

فحيث زعم الحلي تلازمهما ولم يلتفت الى التفكيك بين الملكية والمالية فبتلف الملكية تحصل الغرامة . وجوابه حينئذ: أن المالية باقية لاتالفة ، فعلى المالية مدار الضمان لاعلى الملكية ، فلا ضمان مع بقاء المالية، فتتعين الشركة في المالية .

وعن الثالث : بمنع بطلان التّالي ، لجواز التزام كون الغاصب مالكاً لها بعد فرض التلف ووجوب الغرامة، والايراد باستلزام كون الغصب مملكاً، مدفوع بأن المملّك حينئذ هو الغرامة ودفع البدل لاستحالة الجمع بين العوض والمعوّض. والنقض ببدل الحيلولة بالجمع بينه وبين المبدل في ملكه مدفوع: بأن البدل في الحيلولة بدل للسلطنة لا للعين فليس فيه جمعاً بين العوض والمعوض .

وعن الرابع : بأنه ليس فيه متلف ولاغارم يملك المالين ، فيبقى بينهما لانه نماء مالهما ، فبالمزج حصلت مالية جديدة من توابع المالين الاولين ، فهو نماء لهما فيلتزم فيه بالشركة .

ومن ذلك يظهر الحال في مزج الغاصب ماله بمال المغصوب ومزجه المالين المغصوبين ومزج المالكين ماليهما اختياراً ومزج كل منهما مال الاخر ومزج المالين قهراً .

والحكم في كل ذلك عند الحلي هو الشركة على ما هو مقتضى قاعدة التلف والاتلاف في بعضها ، فلا يلزم كون الغصب مملكاً ـ كما قال أبوحنيفة ـ بل سبب

هو الغرامة واستحالة الجمع بين البدل والمبدل وقاعدة التماد في بعض الاخر كل على حسبه .

وحاصل ردّ شيخنا العلامة الانصاري «قده» على الحلي « قده » هو التفكيك بين الملكية والمالية بمنع كون المزج اتلافاً للمالية لاعقلا ولاشرعاً ، بل انماهو سبب للشركة اما عقلاأو شرعاً على الخلاف ،وبعد تسليم كونه اتلافاً للمالية منع تعيين الغرامة بالبدل الكلي بل انما هو بالعين الخارجية الممتزجة بقاعدة الاقربية فكما أن المزج سبب للشركة كذلك الغرامة المتشخّصة بالعين أيضاً سبب للشركة .

ولكنّك خبير بعدم تعقّل التفكيك بين الملكيّة والمالية ،اذ لو كانت المالية باقية على وجه الاشاعة ، فكذلك الملكية أيضاً باقية على وجه الاشاعة،فتكون العين الممتزجة ملكاً ومالا لهما على الاشاعة واستحالة ملكية عين واحد لشخصين بأن يكون النسبة الاختصاصية حاصلة لهمامعاً ممنوعة اذا كان ذلك على وجه الاشاعة .

نعم يستحيل ذلك على وجه الاستقلال في المجموع على حد الملك الخالص الممتاز . فالتحقيق في الرد على الحلي هو منع كون المزج تلفاً واتلافاً أصلا لا من حيث الملكية ولامن حيث المالية، لاتسليمه في الملكية دون المالية حتى تحصل الشركة بسبب بقاء المالية ، أوتسليم كليهما بالمزج والمصير الى الشركة بقاعدة الاقربية، فلاوجه لتسليم كونه تلفاً واتلافاً مطلقاً. وهذاهو الحق في الرد فلاتغفل .

« المسألة الثانية » من المسائل الخمسة في بيان الاقسام الخمسة في المزج بالاردىء: وفيه أيضاًاحتمالات، أحدها : الغرامة . ثانيها: الشركة في العين بحسب المقدار مع أرش تفاوت الردائة . ثالثها : الشركة فيها بحسب المالية . رابعها : الشركة في القيمة كالمالين المتلاصقين . خامسها : التخيير بين التغريم بالبدل عملا بالاتلاف وبين الشركة في العين مع أرش التفاوت عملابالمزج . سادسها: سقوط الخيار رأساً. سابعها :الشركة في العين من دون الارش كماعن«المسالك»

أنه ظاهر المحقق لكن كلامه لايدل عليه بوجه ، حيث قال : ويضمن فضل الجودة وفضل الردائة .

وقد ظهر لك الوجه في تلك الاحتمالات في المسألة السابقة ، فلا نعيد ، والقول بالتخيير هنا منقول في باب الغصب عن جماعة ، عملا بالسببين المتزاحمين ، بخلاف المزج في المساوي حيث ليس التخيير فيه قولا من أحد لما ظهر لك الوجه في ذلك من عدم التزاحم بين السببين في المتساويين .

فقد ذهب الحلي الى الغرامة في المزج مطلقاً بناءاً على اتحاد المقام والغصب قولا ودليلا ، وقواه شيخنا العلامة الانصاري في باب الغصب ، ولكن اختار «قده» الشركة في العين في المقام حيث قال « قده » : فان كان بالمساوي ثبت الشركة ، الى آخره . وان تردد في كيفية الارش ، حيث قال : وفي استحقاقه لارش النقص أو تفاوت الردائة أو من ثمنه وجوه . وهذا ظاهر صاحب « الجواهر » هنا حيث أورد على « المسالك » في قوله بالشركة بأنه لم يذكر الارش ولم يورد على أصل الشركة ، فكأنه أمضاه ، وانما أورد على عدم ذكره الارش ، واختار « قده » الشركة في القيمة في باب الغصب . وكيف كان يتوجه على شيخنا العلامة « قده » أمران :

أحدهما : أنه لاوجه لترديده في جبر التفاوت بين الوجوه الثلاثة بل يتعين الاولان ، فلا وجه لاحتمال الجبر من الثمن ، لان الشركة العينية اما بحسب المقدار ، ولازمه جبر النقص من ذمته ـ وهو المسمى بالارش ـ أو بحسب المالية ولازمه جبر النقص من العين الخارجية فلا يحتاج الى أرش آخر ، وتسميته أرشا لاتخلو من مسامحة لعدم اطلاق الارش عليه في اصطلاحهم .

وأما الجبر بالثمن لادليل عليه بوجه بناءاً على كون المراد من الشركة ، الشركة في العين . نعم لو كان المراد أعم من القيمة والعين مع أنه خلاف ظاهر العبارة فتدارك التفاوت بالثمن يرجع الى الشركة في القيمة ، والوجهين الاولين

الى الشركة في العين ، ولعل الترديد يصير قرينة على مراده وصارفة عما تقتضيه العبارة ، فيندفع الايراد حينئذ .

وثانيهما : أن كلامه هنا مناقض لما اختاره في الغصب ، حيث اختار في الغصب الغرامة وهنا الشركة مع أنه لافرق بين المقامين في أن المدارعلى المزج فانه لو كان اتلافاً فيأتي في المقامين ، وان كان سبباً للشركة فكذلك ، فلا وجه للتفرقة .

هذا ، ويتوجه على صاحب «الجواهر» أيضاً أمران :

أحدهما : أن كلامه هنا مناقض لما في الغصب ، حيث اختار هناك الشركة العينيّة مع الارش وهنا اختار الشركة في القيمة مع اتحاد الموضوع لعدم الخصوصية للغصب في ذلك ، والحكم ايضاً لان الشركة بالمزج انما هو من نص أو اجماع ــ لو كان ثابتاً في المقامين ــ والخلاف هنا دون هناك تحكّم فلو لم يكن الدليل على الشركة بالمزج لكان كالمالين المتلاصقين ، والمفروض أن المقامين سواء ، موضوعاً وحكماً .

وثانيهما : أنه اختار هنا في المزج بالاجود الشركة في القيمة لا في العين ولافرق بينه وبين المزج بالاردىء ، فلابد من القول بالشركة اما في العين مطلقاً أو في القيمة مطلقاً .

الا أن يقال : أن مختار «الجواهر» هو الشركة في القيمة مطلقاً ، كالمالين المتلاصقين هنا وفي باب الغصب، وايراده «قده» على «المسالك» في الاردىء بعدم ذكره الارش ليس امضاءاً لاصل الشركة ، بل حاصل الايراد اماأن يقول: الشركة في العين يجيء مع الارش أيضاً أو تقييدها بالقيمة ، مع أن أصل الشركة في العين لادليل عليه، فعلى هذا لاتهافت بين كلاميه أصلا ، بل هذا هو الظاهر حيث قال «قده»: وان وجدها ممتزجة ففي «الروضة» و«المسالك» أنه ان كان بالمساوي

أو الارديء صار شريكاً ان شاء. وانكان بأجود: ففي سقوط خياره أو كونه شريكاً بنسبة القيمة أو الرجوع الى الحكم القهرى وجـوه ، وفي ثانيهما : أن الثانـي لايخلو من وجه وجوه لبقاء ماله وأصالة بقاء الخيار .

وفيه : مضافاً الى عـدم ذكر الارش أنه اذا فـرض النقص بمزج الارديء وعدم تقييدالشركة بنسبة القيمة أن الثاني هو الاقوى وأنه لافرق بينه وبين المزج بالارديء لكن على معنى الشركة في الثمن لافي العين للزوم الربا فـي الربوي بناءاً على ع ومه لكل معاوضة . انتهى .

وكيف كانفقداستدلشيخنا العلامة الانصاريعلىمختاره من الغرامة والضمان ـ فـي باب الغصب ـ بما اختاره الحلي «قده» من كـون المزج سبباً للاتلاف والاهلاك ، فتتعين الغرامة في الارديء ، والشركة في المساوي والاجـود ، لما ذكرنا من دورانالامر مدار قاعدة الاقربية، فقد تقتضي الغرامة مع قاعدة الاقربية ذلك للشركة فيالعين، لانها أقرب أنحاء التدارك، فهذا يتم فيالمساوي والاجود دون الارديء ، بل تتعين فيه الغرامة بالبـدل الكلي، لان الردائة توجب الابعدية عرفاً ، بخلاف الجودة حيث توجب الشركة في العين بحسب المالية ، لاشتمال الغرض على بعض أجزاء ماله فالعين أقرب من المباين عرفاً . وأما فـي المقام : فقد اختار الشركة في العين فيرد عليه حينئذ : فما وجه مصيره هنا الى الشركـة بل يلزمه الحكم بالغرامة أيضاً لاتحاد المناط والمدرك .

فيدفع مما عرفت من منع تسليم كون المزج اتلافاً واهلاكاً فلا مناص من

(١) بأن يراد من الاول فرد من الرجل ومن الثانى فردآخر أو يراد من أحدهما فى مكان ومن الاخر فى مكان آخر وهكذا بحسب الزمان وغيره ، ضرورة أن الوحدة الجنسية كالوحدة الشخصية لايقبل التعدد ، فلابد حينئذ من التقييد والتنويع بخلاف ما لو قلنا على التأكيد فلا يلزم منه التقييدولايكثر الوحدة الجنسية ولا تنوعه . (منه)

الشركة أما في القيمة أو في العين امابحسب المقدار مع الارش أو بحسب المالية على ما سيجيء انشاء الله .

ولكن اختار بعض الفقهاء في شرحه ـ على «اللمعة» ـ : في العين بحسب المقدار من دون الارش للزوم الربا ، ولان خلط الجيد بالردىء لايوجب الا تغيير صفة من أوصاف العين وهو تبدل الجودة بالردائة ، والاوصاف لايعتبر بنفسها فيها المالية ولايوزع عليها المال، فاللازم حينئذ عدم كون الزيادة الوصفية الموجبة لزيادة القيمة كالهيئة الحاصلة بالصياغة و الصفة الحاصلة بالقصارة موجبة للشركة لان الصفة ليست مالاً بنفسها فتكون تابعة للعين ، فلا فرق بين أن تجعل السبيكة خاتماً أو يجعل الخاتم سبيكة ، فان الاول زيادة صفة والثاني نقصانها ، فكما أن زيادتها لاتوجب الشركة كذلك نقصانها لايوجب الارش، خصوصاً اذاكان النقص بفعل المأذون كالغابن، فانه ليس غاصباً ولا ظالماً في تصرفه ، فلو قلنا في الغصب بلزوم الارش فلانقول به هنا ، لعدم المقتضي له بعد فرض كون المزج موجباً لتغيير الصفة المحضة ، لان عين المال موجودة فتحصل الشركة. غاية الامر تتغير الصفة بالمزج .

ولاعبرة بالصفات ، لافي طرف الزيادة ولافي طرف النقيصة ، فكما لايوجب الاول الشركة كذلك لايوجب الثاني الارش .

هذا ، قلت : قد عرفت أن المشهور حصول الشركة بالزيادة ، وان سبقمنا الاشكال فيها ووجهنا كلام المشهور،ولذا منعها في «الجواهر» واختار عدم الشركة، بخلاف المقام، فان مختاره الارش بناءاً على الشركة ولاملازمة بين منع حصول الشركة في ازدياد الصفة المحضة وحصول الشركة في المزج بالجودة أو الردائة .

وأما قوله : بحصول الشركة في المقدار من دون الارش :

فيدفعه: اما بما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» من أن الاوصاف المالية بحيث توجب زيادة قيمة الاعيان تكون عند الفقهاء أموالا وتترتب عليها عندهم آثار المالية ، واستظهره من كلماتهم وفتاواهم .

منها : ما ذكروه هنا من وجوب الارش على الغابن، أو بما يمكن أن يقال: أن الغابن يجب عليه رد العين كما هي ان أمكن ، والا فان تغيير صفة العين من الكمال الى النقصان وجب عليه تدارك الكمال اما حقيقة ان أمكن أو جبراً بالارش لتدارك رد العين كما هي، فحيث لم يتمكن فمقتضى قاعدة الاقرب فالاقرب تدارك صفاتها بالارش ،كما هو واضح .

فالاقوى حينئذ وجوب الارش بناءاً على الشركة ، الا أن الكلام في أصل الشركة هل هي في القيمة أو في العين ؟ وتدارك الارش من الخارج حتى تكون الشركة مقدارية ، أو من العين تكون بحسب المالية ؟

فنقول : مقتضى القاعدة العقلية المقتضية للشركة المبتنية على بطلان الجوهر الفرد هو الشركة العينية ، الا أن تلك القاعدة غير مطردة لاختصاصها بالمايعات كالزيت والعسل وأمثالهما ، ولايتم في الحبوبات كالحنطة والشعير ونحوهما، لان الاجزاء المنفصلة ممتازة فيهما واقعاً بكل حبة من الحبات الممتزجة اما لذاك أو لذاك، وليس بينها قطعاً فيكون معيناً واقعاً ومردداً ظاهراً، فلا تجري الشركة القهرية العقلية في العين ، فلابد من الاستناد في الشركة في مزج الحبوبات الى دليل آخر مطرد ، وليس ذلك الا الاجماع .

فان قلنا: ان الاجماع انما هو على الشركة في الجملة أعم من العينية والحكمية تعين ماذكره في «الجواهر» من الشركة في القيمة لافي العين، لانه القدر المتيقن.

الا أن الانصاف أن الظاهر قيام الاجماع على كون المزج بنفسه سبباً شرعياً للشركة كالارث وغيره من الاسباب الشرعية الموجبة للنقل ، لان الظاهر من

الشركةهي الشركةالواقعيةوليست اذاكانت الشركةفي القيمة،لانه يصير حينئذكالمالين المتلاصقين ، ففي الحبوبات يحكم بالشركة الواقعية بالاجماع ، وفي المايعات بالقاعدة العقلية المذكورة مطابقة للاجماع على سببية المزج مطلقاً للشركة الواقعية .

وأما كون الشركة بحسب المقدار مع تدارك الارش من الخارج أو بحسب المالية بكون الارش من العين فيه اشكال .

وقد يستدل على الثاني تارة : بكون المزج موجباً للغرامة وكونها من العين أقرب كما في صورة المزج بالمساوي والاجود . وأخرى : بظهور الاجماع بالشركة بحسب المالية . وثالثة : بدعوى استهلاك المالين وانقلابهما الى مال ثالث كالمهيتين المنقلبتين بالامتزاج الى ماهية ثالثة كالسكنجبين .

وفي كل الثلاثة نظر ، لابتناء الاول على كون المزج اتلافاً ، وقد عرفت ضعفه ، وان سبب الشركة ليس هو الغرامة بل نفس الاجماع ، ولمنع استظهار الاجماع ، بل قد يدعى الاجماع على أن الشركة بحسب المقدار ، ولذا قالوا بالارش لان الشركة في المالية لاتحتاج الى أرش لظهور الارش في التدارك من الخارج لاالتدارك من نفس العين ، كما لا يخفى . ولمنع الاستهلاك ، بل عين المال موجودة بعد الامتزاج كوجودها قبله ،غاية الامر حصول الشركة بالامتزاج اما عقلا أو شرعاً حسب اختلاف المال في المايعات والحبوبات .

فالمتعيّن هو الشركة في العين بحسب المقدار لانه مقتضى القاعدة المقتضية لكون كل جزء بينهما مع الارش ، لانه مقتضى تدارك ردّ العين كما هي .

ولكن الاشكال حينئذ في لزوم الربا فانه لو لم نقل بالانقلاب والاستهلاك وحصول الشركة بحسب المالية فلا يلزم الربا حينئذ ، ولكن حيث عرفت بطلان القول بالانقلاب ، فالمتعين هو الشركة بحسب المقدار والارش وأنه موجب للربا

لامحالة ولا مدفع له الا بأن يقال : أن الارش من قبيل الغرامة ، والغرامات لايدخلها الربا لاختصاصها بالمعاوضات ، والغرامة ليست منها ، فوجه كونه غرامة ما عرفت من وجوب ردّ العين كما هي على الغابن فحيث اختلط الجيد برديه فقد فاتت عن المغبون صفة الجودة، فيجب تداركها وبذل تفاوت الجودة والردائة تداركاً وتحصيلا لرد العين كما هي .

«المسألة الثالثة» المزج بالاجود والاحتمالات المتصورة فيه ــ كما ذكر سابقاً وكذلك الاقوال فيه في باب الغصب ــ: أربعة ، ففي المقام بعد بطلان كون المزج اتلافاً قول بالشركة في القيمة كما في «الجواهر» . وقول بالشركة في العين من دون الارش لانتفاء موضوعه لعدم وجوب الغرامة على المغبون ، لانه ليس مكلفاً برد العين بل المكلف هو الغابن، وأما كون الشركة في العين بحسب المقدار أو المالية مبني على أن الاوصاف المالية تلاحظ أموالا بالاستقلال .

فلازمه ملاحظة النسبة بينهما بحسب المالية أم لا ؟ فلازمه بحسب المقدار اذ لم يحصل بالمزج الا اختلاف صفة من أوصاف مال المغبون تبدّل ردائته بالجودة ، وهو عائدة حصل له في ماله ولو كان بسبب فعل الغابن ، وليس عليه شيء في ذلك .

وقدعرفت أن الاقوى عدم كون الصفات والهيئات من الاموال ، فالمختار هو الثاني، أعني الشركة بحسب المقدار، لا الاول، أعني الشركة بحسب المالية فالفرق بين المزج بالارديء والاجود بعداشتراكهما في أن الشركة في كليهما بحسب المقدارهووجوب الارش على الغابن في الاول، وعدم وجوبه على المغبون في الثاني .

ومن ذلك كله يظهر لك حكم فرع آخر، وهو لواختلط مالان من الشخصين ــ كمنين من الحنطة كان من منهما الواحد والاخر لاخر، وكان أحدهما أجود وقيمته

أكثر ـ اختلاطاً اختيارياً منهما أواتفاقياً فلانشك في حصول الشركة اما في القيمة أوفي العين ، وعلى الثاني اما بحسب المالية أوبحسب المقدار ، فقد عرفت أن الاقوى والاقرب بمقتضى القواعد هوالاخير .

« المسألة الرابعة » فيما لومزجه بغير المجانس وكان على وجه الاستهلاك عرفاً كامتزاج ماء الورد بالزيت .

و« المسألة الخامسة » : فيما لومزجه بغير المجانس لاعلى وجه الاستهلاك كامتزاج الخل بالانگبين: ففرق شيخنا العلامة الانصاري «قده» في حكم المسألتين حيث قسم المزج بغير المجانس على قسمين ، أعني صورة الاستهلاك كالاولى وعدمه كالثانية فحكم في الاول على الرجوع الى القيمة لانه كالتالف ، وفي الثاني وجهان من حصول الشركة قهراً ، لان الممزوج حقيقة مبدأه من مالهما ، فكأن مالهما انقلب شيئاًواحداًفهو نتاج مالهمافلابدمن كونهمافيه سواء على وجه الاشتراك، ومن كونه كالمعدومة فيرجع الى القيمة .

ولكن كلماتهم خالية عن هذا التقسيم رأساً . فالمشهور على أن المزج بغير الجنس في حكم التلف مطلقاً ، والعلامة « قده » على الشركة مطلقاً واستوجهها في « المسالك » ولم يفصل بين القسمين ، ولعل نظر شيخنا العلامة « قده » الى أن القسم الاول خارج عن محل النزاع ، فالعلامة أيضاً يقول بالتلف هناك موافقاً لغيرهم وانما الخلاف في القسم الثاني .

فيه : ان الاستهلاك ان أريد به عقلا فممنوع مطلقاً، وان أريدبه عرفاً فحاصل فيهما معاً ، فلاوجه للفرق ، فلابد من القول بالشركة في المسألتين نظراً الى الامتزاج أوبالتلف مطلقاً في كليهما نظراً الى صدق الهلاك والتلف، فالمتعين أن حكم القسمين أحد الوجهين من غير التفاوت .

فنقول : قديقال بالشركة نظراً الى حصول سببهما وهو المزج المجمع على

كونه سبباً للشركة ولاينافيه اتفاقهم على اشتراط اتحاد الجنس في المزج الموجب للشركة ، لانه انما هو من جهة ارتفاع التميز فهو لاخراج المختلفين الممتازين كالحبوبات المختلفة الجنس لامطلق المختلفين وان لم يتمايزا كالخل والانگبين. فاتحاد الجنس في كلماتهم عبارة عن ارتفاع التميز سواء كانا متجانسين أومختلفين كالمايعات المختلفة الجنس . ويدل على هذا اتفاقهم على الشركة بغير الجنس اذا كانا لمالكين ومزجاهما اختياراً .

هذا ولكن الظاهر أنه لاوجه لهذا الحمل، واتفاقهم ممنوع بل اشتراط اتحاد الجنس في المزج الموجب للشركة باق على ظاهره وان كلماتهم في ما نحن فيه أيضاً متفقة على عدم الشركة وكونه بحكم التالف خلافاً للعلامة « قده » فالاقوى حينئذ هو قول المشهور ، لان المزج بغير الجنس سبب للتلف عرفاً ، والموجود بعد المزج طبيعة أخرى ثالثة ، فالعين وان كانت باقية عقلا الا أنها هالكة عرفاً فتتعين ، ومن ذلك يندفع ما ذكره في « المسالك » وجهاً للشركة من التعليل ببقاء عين ماله ، فلاوجه لسقوط حقه من العين .

وجه الاندفاع : أن تبدل الحقيقة وتغيرها مانع عن صدق البقاء عرفاً و ان كان موجوداً عقلا ، والمدار على العرف لاعلى العقل في أمثال المقام ، فيجب على الغابن حينئذ دفع القيمة .

هذا تمام الكلام في تصرف الغابن بالامتزاج .

في تصرف الغابن بالتصرف الموجب للنقيصة

لو تصرف الغابن بالتصرف المغير الموجب للنقيصة ، فالنقص ان كان في العين فهو داخل في تلف البعض ، وسيجيىء حكمه في أقسام التلف ، وان كان في الصفات المالية: فعن «الروضة» : أنه أخذها مجاناً ، وعن شيخنا العلامة الانصاري

ان كان النقص موجباً للارش وهو التفاوت بين الصحيح والمعيب أخذها مع الارش وأما نقص سائر الصفات المالية ماعدا وصف الصحة كالكتابة والخياطة مثلا ، فلايجب فيه شيء سوى ردالعين فيأخذها مجاناً .

ولكن الاقوى وجوب الارش مطلقاً سواء كان النقص وصف الصحة أوغيرها من الصفات المالية ، كما هو الحال في الغاصب لمكان وجوب رد العين على الغابن كما هي ، فعليه تدارك الصفات المالية تحصيلا لردالعين على الوجه الاقرب .

وأما اذا كان النقص في المنفعة بأن استوفى الغابن منفعة العين : فلااشكال بالنسبة الى ما قبل الفسخ ان المنافع التي استوفاها الغابن حق له فهو له من غير وجوب تدارك شيء عليه ، وأما بالنسبة الى مابعد الفسخ كمالواستأجر العين مدة ففسخ المغبون في أثناء المدة ، فيحتمل وجوب الصبر الى انقضاء المدة لانه بمنزلة الاستيفاء ، والمنافع المستوفاة لاتعود ، ويحتمل انفساخ الاجارة في بقية المدة لكونها متنزلة كنفس العين ، و المدرك لذلك هو أن اتحاد السبب الشرعي لاستيفاء المنفعة هل هو بمنزلة استيفاء نفس المنفعة أم لا؟ وقد تقدم الكلام فيه وأن الاقوى لزوم الاجارة تنزيلا له بمنزلة السبب العقلي ، وان نوقش فيما تقدم أيضاً فتدبر. هذا كله في تصرفات الغابن وأحكامها .

أما أحكام التلف : فنقول :

قد يكون في الكل وقد يكون في الجزء ، فاما أن يحصل في ماعند الغابن أو عند المغبون . ولايخفى أن الكلام هنا مبني على عدم سقوط الخيار بالتلف كما هو المشهور ، سواء كان عند الغابن أو المغبون لو كان التلف بآفة سماوية أو باتلاف الاجنبي أو نفسه اذا كان قبل العلم، اذ لو كان بعده فهو مسقط للخيار لدلالته على الالتزام بالعقد . والحاصل : أن الكلام انما هو في مورد ليس التلف مسقطاً

للخيار ، فنقول :

أما تلف الجزء فسيجيء الكلام فيه ، وتلف الكل : اما أن يكون بآفة سماوية أو باتلاف نفسه أو صاحبه أو الاجنبي ، فهذه أربعة صور ، وكل ذلك اما عند الغابن أو عند المغبون ، فلنتكلم أولا في أقسام تلف ما عند الغابن ، فان كان بآفة سماوية أو باتلاف نفسه ، فبعد البناء على عدم سقوط خيار المغبون يجب على الغابن رد القيمة ولا اشكال فيه ، وانما الكلام في أنه هل يجب عليه قيمة يوم التلف على قياس الغصب أو قيمة يوم الفسخ أو قيمة يوم المطالبة ؟ وجوه :

وجه الاول : أن يوم التلف يوم يقوم البدل فيه مقام العين .

وجه الثاني : أن يوم الفسخ يوم التكليف ووجوب الرد .

وجه الثالث : أن التكليف برد البدل يوم الفسخ ليس تكليفاً منجزاً فعلياً فالعبرة بزمان تنجيز التكليف .

وخير الوجوه أوسطها لانه يوم اشتغال الذمة بالبدل ، فيجب عليه رد البدل، غاية الامر ليس فورياً ، فمناط الفورية انما هو بالمطالبة، انما العبرة بزمان التكليف والاشتغال وهو ليس في المقام الا يوم الفسخ . وأما في الغصب فالعبرة انما هو يوم التلف ، لانه أيضاً يوم الاشتغال ، فالمدار في المقامين على التكليف بالبدل، فيختلف الحال في المقامين .

وان كان التلف باتلاف الاجنبي : فلا اشكال في أنه يضمن للغابن قيمة يوم التلف على قياس الغصب ، وأما ضمان الغابن قيمته للمغبون ، ففيه الوجوه السابقة، والاقوى حسبما عرفت ، رد قيمة يوم الفسخ . وهل المطالب بالبدل عن الاجنبي هو المغبون فيرجع عليه ابتداءاً ، أو ليس له الرجوع اليه بل يرجع الى الغابن وهو يرجع الى الاجنبي أو يتخيّر المغبون بين الرجوع الى أيهما شاء كما في تعاقب الايادي ؟ وجوه :

وجه الثاني : أن الاجنبي أتلف مال الغابن فهو ضامن له فيملك قيمته على المتلف والمغبون على الغابن يوم الفسخ على أحد الوجوه واليه يرد العوض فيؤخذ منه المعوض ولاربط للمغبون مع الاجنبي .

وجه الثالث : أنهناك سببين للتضمين ، أحدهما : اليد ، والاخر: الاتلاف، فالمغبون يتخير عملا بالسببين كما في تعاقب الايادي .

وأما وجه الاول أمران ، أحدهما : قاعدة البدلية ، بأن ما استقر في ذمة الاجنبي بدل للتالف فيتعلق حق المغبون به ابتداءاً وفيه لحق البدلية ولذا يكون بدل الوقف وقفاً وبدل الرهن رهناً .

وثانيهما : أن نفس المال التالف في ذمة المتلف ولم يسقط عن عهدته فما لميدفع العوض كان عينالتالف باقية في ذمته ، غاية الامر تبدل وجودهالخارجي بوجوده الاعتباري فيرجع المغبون عليه كما يرجعاليهلوكان عين المالموجودة في يده .

ولذلك قال في « الشرائع » : يجوز المصالحة على المتلف بما لوصالح له على قيمته لزم الربا ، والعلامة « قده » : لوصالحهعلى نفس المتلف بأقلقيمته لم يلزم الربا ، فالمصالحة على نفس المتلف يكشف عن أنه نفسه شيء موجود وليس معدوماً صرفاً حتى تكون الذمة ابتداءاً مشغولة بالقيمة .

وفيه : مالايخفى من الضعف ، لان الذمة والعهدة لامعنى لها الا فيما يكون قابلا للالتزام بالاداء والتالف ليس قابلا لتعلق الالتزام والتكليف به ولابشيء من الاحكام الشرعية والعقلية لانه معدوم ، فالتزام به التزام بالمحال ، فلا جرم تتعلق الذمة بالبدل ، لانه هو القابل للالتزاموالتعهد ، فلا معنى لكون التالف في الذمة، فالاولى هو الوجه الاول .

ولو كان المتلف نفس المغبون : فان لم يفسخ العقد غرم للغابن البدل ،

وان فسخ غرم له أيضاً قيمته يوم التلف وغرم الغابن للمغبون قيمته يوم الفسخ على أقوى الوجوه المذكورة ، وان أبرأه الغابن من البدل ثم ظهر الغبن ففسخ المغبون، أخذ قيمته من الغابن ولايرجع عليه ببدل ما أتلفه ، لان ابرائه له بمنزلة قبضه لبدل التالف ، فليس عليه شيء آخر سوى رد العوض . ثم ان تلف البعض كتلف الكل، فيجب فيه الغرامة قيمة يوم التلف أو الفسخ أو المطالب على الخلاف .

هذا كله في تلف ماعند الغابن ، ولو تلف ماعند المغبون ، فتجرى فيه الاقسام الاربعة المتقدمة ، ويظهر حكم الجميع بالمقايسة ، بأن لو تلف بآفة سماوية أو أتلفه المغبون قبل ظهور الغبن ففسخ بعده ، غرم للغابن قيمته يوم التلف أو الفسخ أو المطالبة على مامر .

وان أتلفه الاجنبي فطرأ الفسخ ، غرم للمغبون قيمة يوم التلف وغرم هو للغابن قيمة يوم الفسخ ، على أقوى الوجوه ، وفي رجوع الغابن الى الاجنبي أو اليه أو التخيير ـ حسبما مرّ ـ وجوه .

وأن أتلفه الغابن غرم للمغبون يوم التلف وهو يغرم للغابن اما يوم التلف أو يوم الفسخ أو المطالبة على الوجوه ، وان أبرأه المغبون قبل الفسخ ثم ظهر الغبن ففسخ وجب عليه رد القيمة على الغابن لمنزلة ابرئه منزلة ما في يده وقبضه ، هذا تمام الكلام في التلف .

مسألة :

هل يختص خيار الغبن بالبيع أو يعم غيره

هل يختص خيار الغبن بالبيع أو يعم كل معاوضة مالية حتى الصلح ، أو يعمها وشبه المعاوضة كالنكاح، أو يعم لما عداها وماعدا الصلح من سائر المعاوضات كالاجارة ؟ وجوه ، والمحكي عن جماعة التصريح بالعموم كالفخر وصاحب

« التنقيح » وصاحب « ايضاح النافع » والمحقق الثاني في الاجارة. والكلام يقع تارة فيما عدا الصلح من المعاوضات المالية وأخرى فيما يشبه المعاوضة وثالثة في الصلح .

أما الاول : فالظاهر هو العموم لعموم المدرك وهو حديث «لاضرر» ولاينافيه عدم تعرض جماعة ، لان المتبع هو الدليل مضافاً الى أنه لايدل على الاختصاص وعدم العموم بل لعل تركهم له ثقة لوضوح الحال مضافاً الى كفاية تصريح المحققين بالعموم كما عرفت .

وأما الثاني : فالاصح الاقوى العدم ، لاختصاص الدليل بالمعاوضات لعدم تحقق موضوعه الا فيها مضافاً الى عدم تطرق الخيار في النكاح الا في الموارد المنصوصة، وقد يمثل لشبه المعاوضة بالهبة المعوضة وهو مبني على كونها عبارة عما اشترط فيه العوض .

لكنه باطل جداً لان المناط في الهبة المعوضة فعلية التعويض لا اشتراط العوض فكل هبة عقبت بالعوض ، أي بهبة أخرى عوضاً عنها فهي معوضة سواء اشترط العوض أم لا ، فتكون حينئذ لازمة وكل مالم يتعقبها هبة أخرى جزاءاً لها فهي غير معوضة وتكون جائزة ، وان اشترط العوض فحينئذ الهبة المعوضة ليست معاوضة ولا شبه معاوضة لانهما هبتان مستقلتان لاربط لاحداهما بالاخرى ، بمعنى أن المال المتهب لاعوض له ولم يلاحظ التقابل والمعاوضة بين المالين ، بل التقابل انما لوحظ في الانشائين ، بأن كان أحد الانشائين جزاءاً للاخر .

وأما الصلح ، ففيه وجوه :

أحدها : ماحكي عن « المهذب البارع » من عدم جريانه فيه لكون الغرض الاصلي فيه قطع المنازعة ،فالخيار والفسخ ينافيه ، وهو كما ترى باطلاقه ممنوع.

ثانيهما : ماعن «غاية المرام» من التفصيل بين الصلح الواقع على وجه المعاوضة

فيجري فيه ، وبين الواقع على اسقاط الدعوى قبل ثبوتها، ثم ظهر حقيةمايدّعيه وكان مغبوناً فيماصالحبه والواقع علىمافي الذمم وكان مجهولاثم ظهربعدالصلح الغبن ، على تأمل .

أقول : أما الصلح على اسقاط فينبغي الجزم بعدم جريان الخيار فيه لان في تطرق الخيار فيه يؤدي الى نقض الغرض وهو قطع الدعوى . وأما الصلح على المجهول في الذمة : فان كان ابتدائياً غير مسبوق بالدعوى والتنازع فهو باطل للغرر ، وان كان في مورد النزاع فيصح الصلح فيه ظاهراً من دون خيار ، للزوم نقض الغرض . نعم مع علم المدعى عليه بمقدار الحق ووقع الصلح بأقل منه بحيث علم عدم رضا صاحبه بهلوكان عالماً لم يصح باطناً ولكن يجب عليه ترتيب الاثر في الظاهر كما في اليمين الكاذبة .

ثالثها : التفصيل بين العقد الواقع على وجه المسامحة وكان الاقدام فيهمبنياً على عدم الاعتناء بالنقيصة والزيادة فلا تغابن فيه حينئذ ولاخيار صلحاً كان أو غيره ، لعدم صدق اسم الغبن ، وبين غيره فيصدق فيه اسم الغبن والخيار .

فيه : أن المناط الضرر وهو يجيء وان لم يصدق التغابن وليس موضوع الدليل اسم الغبن في شيء ، نعم يمكن أن يوجّه أن الاقدام في صورة التسامح رافع لحكم الضرر فلاخيار مع الاقدام على الضرر لان مبنى المعاملة على رفع اليد كائناً ماكان زاد أو نقص ويكون حكمه حكم العلم بالغبن في سقوط الخيار لمكان الاقدام ، وأما الصلح المعاوض في مورد قيامه مقام البيع فهو حكمه في جريان الغبن والخيار . فظهر مما ذكر أنه لا اشكال في شيء من أقسام الصلح .

مسألة :

في فورية هذا الخيار ـ خيار الغبن ـ وعدمه :

وقدوقع الخلاف في أربع مواضع : الغبن ، والرؤية ، والتأخير ، والعيب . والمشهور

في الاولين : على الفور ، وفي الاخيرين : التراخي ، فان كان المدرك في الخيار هو قاعدة لاضرر ، فالخيار على الفور لاندفاع الضرر ، وان كان النص ،فهو على التراخي لاطلاق النص، وحيث أن الغبن والرؤية من جهة نفي الضرر ، صار المشهور على الفور ، والتأخير والعيب من جهة النص، صاروا على التراخي ، ولو كان المدرك في الغبن أخبار التلقي اتجه التراخي ، ولكن استناده اليها ضعيف عندهم حسبما عرفت في محله .

وكيف كان ، فيستدل على الفورية تارة بأصالة اللزوم و الاقتصار في الخيار على القدر المتيقن ، وبأصالة العموم أخرى ، وهو عموم الاية الشريفة ، وللزوم الضرر بالتراخي على من عليه الخيار ثالثة ، وقد يستدل على الترخي باستصحاب بقاء الخيار ، لان المرجع استصحاب حكم المخصص لاالعام كما هو الحال في تعارض العام مع استصحاب حكم المخصص . وحكي عن السيد الطباطبائى تقديم الاستصحاب وتخصيص العام به .

ولكن تحقيق القول في ذلك حسبما أفاده شيخنا العلامة الانصاري «قده» أنه لاتعارض بين العام واستصحاب حكم المخصص ، بل اما أن يكون المورد مجرى العام فقط فلامجرى للاستصحاب أصلا ولو فرض سقوط العموم ، أو يكون مجرى الاستصحاب فقط ولامسرح للعام أصلا ولو فرض عدم جريان الاستصحاب .

وذلك لان الزمان أما أن يكون ملحوظاً فرداً للعام بأن يكون كل جزء من الزمان ملحوظاً على وجه القيدية فيكون كل جزء من الزمان فرداً مستقلا للعام أو على وجه الظرفية بأن يكون جميع الازمنة على وجه الاستمرار فرداً واحداً للعام .

فمثال الاول : (أكرم زيداً كل يوم) فلامسرح الا للعام لانه اذا خرج زيد في يوم الجمعة مثلا عن تحت العام وشك في اليوم الاخر ، فهذا الشك انما هو في التخصيص، والاصل عدم التخصيص ، ويتمسك بالعموم يقيناً ولامسرح للاستصحاب لتعدد الموضوع ، بل وان لم يكن عاماً فلامعنى لاجراء حكم موضوع على موضوع

الاخر ، لانه قياس لا استصحاب .

ومثال الثاني ، مالو قال : (أكرم العلماء) وفرض اكرام كل عالم أمرمستمر باستمرار الزمان ، فاذا خرج بعض أفراده في برهة من الزمان ، كأن قال : (في يوم الجمعة ـ مثلا ـ لاتكرم زيداً العالم) وشك في الزمان الثاني ، فلا مسرح للعام لان الشك ليس في التخصيص الزائد لان العام لانظر له الى الازمان ، فاذا خرج الفرد عن تحت العام فقد انقطع حكم العام عنه لانه موضوع واحد خرج تحته ، غاية الامر شك في بقاء حكم المخصص وزواله، فيتمحض المورد للاستصحاب بل لو لم يكن الاستصحاب لما نحكم بحكم العام أيضاً لان دخوله تحته بعد خروجه يحتاج الى الدليل ، فالمرجع سائر الاصول والقواعد .

ومن ذلك يظهر لك أن التمسك بالعموم لفورية الخيار مبني على أخذ الزمان قيداً لعموم (أوفوا) . فيكون العقد في كل زمان فرداً مستقلا محكوماً بوجوب الوفاء ، ، فوجوب الوفاء حينئذ بالعقد تكليفات متعددة حسب تعدد الزمان.

المنهي أثبت المحقق الثاني .

فيه : منع واضح كما أفاد شيخنا العلامة الانصاري « قده » من أنه مأخوذ ظرفاً، وأما التمسك بالتراخي باستصحاب الخيار مبني على اعتبار حجية الاستصحاب في الشك في المقتضي ، وهي ممنوعة على التحقيق المختار عنده « قده » أيضاً، فلابد من الرجوع الى سائر الاصول وهو في المقام استصحاب الملكية لان زوالها بالفسخ في ثاني الزمان مشكوك فتستصحب ، وعليه يتم ماذهب اليه المشهور من الفورية .

نعم، لو جرى استصحاب الخيار بناءاً على حجيته في الشك في المقتضي كان حاكماً على استصحاب الملكية ، وأما بناءاً على المختار من انحصار مورده في الشك في التراخي: ينهض استصحاب الملكية قائماً من دون الاصل المزيل الحاكم عليه.

ومما ذكرنا يظهر لك ما في « الجواهر » رداً على الاستدلال بالفورية ، أما

على أصالة اللزوم والاقتصار على القدر المتيقن : بمنع القدر المتيقن ، لقيام الدليل على مازاد عن الفورية وهو استصحاب الخيار .

أما عن العموم بأن دلالة « أوفوا » بالنسبة الى الازمنة على وجه الاطلاق لا العموم ومرجعه الى أن الزمان ليس مفرداً للعام فلا عموم من حيث الزمان بل هو ظرف محض ، فيكون اطلاقاً لاعموماً لابتناء مرجعية استصحاب اللزوم ، بمعنى استصحاب أثر العقد عند الشك في المزيل عند المستدل على عدم جريان استصحاب الخيار للشك في المقتضي ، والاكان حاكماً عليه .

وأما العموم ، فصحة الاستدلال بهوعدمها مبني على تشخيص الصغرى من أن الزمان مفرّد أو ظرف، وانما اللازم عليه تشخيص ذلك واثبات أخذ الزمان على سبيل الظرف حتى يتم مرامه .

وظاهر كلام بعض مشائخنا في حاشيته على « اللمعة » هو الاول ، أعني كون الزمان مفرّداً للعام حيث قال على ماهو المحكي في كتاب شيخنا العلامة الانصارى: والمسألة مبنيّة على أن لزوم العقد معناه أن أثر العقد مستمر الى يوم القيامة وأن عموم الوفاء بالعقد عموم زماني للقطع بأن ليس المراد بالاية الوفاء بالعقود آناً ما بل على الدوام ، وقد فهم المشهور منها ذلك ، باعتبار أن الوفاء بها العمل بمقتضاها .

ولاريب أن مفاده عرفاً بحسب قصد المتعاقدين الدوام فاذا أدلّ دليل على ثبوت خيار من « لاضرر » أو اجماع أو نص في الماضي أو مطلقاً بناءاً على الاهمال لاالاطلاق في الخيار فيكون استثناءاً من ذلك العام ويبقى العام على عمومه كاستثناء أيام الاقامة ونحوها من حكم السفر وأن اللزوم ليس كالعموم ، وانما يثبت ملكاً سابقاً ويبقى حكمه مستصحباً الى المزيل فيكون المعارضة بين الاستصحابين، والثاني وارد على الاول فيقدم عليه ، والاول أقوى لان حدوث الحادث مع زوال

علـّيته السابقة يقضي بعدم اعتبار السابق امامع بقائها فلايلغوا اعتبار السابق ، انتهى.

ما ذكره من المبنى بعينه ما ذكرنا من كون الزمان مفرّداً أو ظرفاً ، فمراده بقوله في الشق الاول : (أن أثر العقد مستمر الى يوم القيامة) هو الاستمرار على وجه العموم ، فيكون المراد أن أثر العقد ثابت والعقد لازم في كل زمان ، وليس مراده مجرد الاستمرار مع كون الزمان ظرفاً ، وحينئذ فلا يرد عليه ما أورده في الكتاب من كونه مما لا محصّل له . ولا ما ذكره أيضاً من كون ما ذكره وجهاً للرجوع الى العموم بطرح العموم والرجوع الى الاستصحاب ، ويمكن ارجاع كلامه الى ما سنذكره من الوجه أيضاً كما يشهد به قوله (لان حدوث الحادث).

وكيف كان فالنـزاع يرجع الى أن الزمـان مفرّد للعام أو ظرف محض ، وظاهر الكلام المزبور جعله مفرّداً لا ظرفاً ، الا أنه خلاف الانصاف لان عموم «أوفوا» أفرادي لا أزمـاني فلا دلالة له على وجوب الوفاء بالعقد فـي كل آن وزمان ، بحيث يكون العقد في كل جزء من الزمان ملحوظاً فرداً مستقلا .

وعموم الافراد وان استتبع عموم الازمان كما ذكره «جامع المقاصد» الا أنه لاينفع في الرجوع الى العام في الزمان الثاني بعد خروجه عنه في الزمان الاول لان دلالته عليه لايزيد على الاطلاق وهو مساوق لكون الزمان ظرفاً فلا نظر للعام الى العقد في الزمان الثاني ، بل ساكت عن حكمه بالمرة ، فالمرجع هو الاصل. اما استصحاب الخيار كما في «الجواهر» أو أصالة اللزوم بمعنى استصحاب بقاء أثر العقد أو استصحاب الملكية .

هذا ، وهنا وجه آخر لاثبات اللزوم والفورية والعمل بالعموم ، وان لم يكن من باب أصالة العموم المصطلح ، ويمكن حمل مـن قال بالعموم ـ كالمحقق الثاني ـ اليه أيضاً ، وهو أن المقتضي للزوم موجود والمانع مفقود، أما المقتضي فهو العقد ، لاتفاق الكل على أصالة اللزوم فيه سواء قلنا ان الزمان مفرّد أو ظرف

لعموم العام ، وأما فقد المانع : فلان المانع عن اللزوم هو لزوم الضرر على المغبون وهو يندفع بثبوت الخيار له على الفور ، اذ لو لم يفسخ بعده فهو الذي أقدم على ضرر نفسه فلا مقتضي لثبوت الخيار في الزمان الثاني ، لان الضرورات تتقدر بقدرها فيؤثر العقد بعد ارتفاع المانع أثره .

فان قلت : ان حدوث الضرر مانع عن اللزوم وبقائه ليس شرطاً في الخيار بل بمجرد الضرر حصل الخيار في العقد دائماً فصار خيارياً .

قلت: بعد فرض كون العقد مقتضياً للزوم دائماً وكون المانع هو الضرر لابد من اناطة الامر بوجود الضرر وعدمه حدوثاً وبقاءاً ، فمجرد حدوثه يجدي في حدوث الخيار ، ولكن بقاء الخيار مع اندفاع الضرر في الزمان الثاني واستناد بقاء الضرر الى نفسه يحتاج الى دليل آخر ، وهو مفقود بعد منع استصحاب الخيار .

ونظير ما ذكرناما ذكروه في بيع الرهن من أنه لو باع الراهن ماله المرهون لم يصح ، لتعلّق حق المرتهن المانع عن تأثر العقد ، لكن لو باعه ثم زال حق المرتهن بفكّ الرهن أثّر العقد أثره ، لان المقتضي ـ وهو البيع ـ موجود ، والمانع ـ وهو حق المرتهن ـ مفقود ، وغير ذلك من أشباه المقام .

فتحصّل مماذكرنا: أن الاقوى هو الفورية اما لاصالة اللزوم بمعنى استصحاب أثر العقد ، أو لاصالة العموم أو لعموم المقتضي في كل آن وفقد المانع في الان الثاني أو للزوم الضرر لو قلنا بالتراخي على المفسوخ عليه وان قال شيخنا العلامة الانصاري «قده» ـ في الاخير: ان في هذا الدليل تأملا . لعله أشارة الى ما في «الجواهر» بأنه ـ أي الضرر بالتراخي ـ لايثبت الفور ، فنقول بالتراخي ما لم يتضرّر من عليه الخيار . حاصله : أن مجرد التراخي لايستلزم الضرر فلا ضير في التراخي الى حد لزوم الضرر لطول المدة كثيراً . أواشارة الى منع الصغرى

ـ أعني لزوم الضرر ـ لان لزوم الضرر مبني على كون من عليه الخيار ممنوعاً من التصرف وهو ممنوع وان كان مشهوراً ، بل الحق جواز مطلق التصرفات في زمان الخيار لمن عليه الخيار حتى التصرفات الناقلة واللازمة المنافية للخيار ، فلا ضرر حينئذ أصلا .

وكون مجرد تزلزل الملك ضرراً أو كونه في عرضة الزوال وان جاز له التصرفات ممنوع جداً ، لان مجرد التزلزل ليس ضرراً في شيء بل الضرر مبني على الحجر من التصرفات في زمان الخيار ، فبناءاً على عدم الحجر على ما هو مقتضى التحقيق حسبما قررنا في محله كان الضرر مفقوداً .

هذا تمام الكلام في أصل الفورية ، وأما المراد منها الحقيقية أو العرفية ؟ والاقوى هو الاول اقتصاراً في ثبوت الخيار على ما يندفع به الضرر . لان ما هو الدليل على أصل الفورية هو الدليل على الحقيقية أيضاً خلافاً لشيخنا العلامة الانصاري «قده» حيث قال : أن مقتضى ما استند اليه للفورية ـ عدا هذا المؤيد الاخير ـ هو الفورية العرفية، لان الاقتصار على الحقيقية حرج على ذي الخيار فلا ينبغي تدارك الضرر به .

ولا يخفى ما في هذه العبارة من المسامحة ، لان صدرها يقتضي ما ذكرنا من الفورية الحقيقية ، ولكن التعليل لا يناسبه، ولكن مراده « قده » واضح من أن لزوم الحرج يقتضي الفورية العرفية .

ففيه منع واضح ، اذ لا يحتاج الفسخ الى فعل من الرد والاسترداد مما ينافي الفورية الحقيقية حتى يلزم الحرج من الاقتصار عليها، بل يكفي فيه انشاء الفسخ بقوله : فسخت ، فحيث علم بالغبن ، ان فسخ في أول زمان يمكن فيه الفسخ لدفع الضرر عن نفسه فهو والا سقط خياره ، لان دليل هذا الخيار هو الضرر ، فان لم يفسخ فهو أقدم على ضرر نفسه. نعم لو استندنا في الفورية الى لزوم الضرر على من عليه الخيار بالتراخي ثبتت الفورية العرفية ، لان لازمه ثبوت الخيار

مالم ينجر الى الضرر على المفسوخ عليه ، بل هذا المقتضي أوسع من العرفية الفورية .

هاهنا مسائل :

المسألة الاولى: الجاهل بالخيار معذورفي تركالمبادرة لعموم نفي الضرر، فهو كالجاهل بالغبن لاتحاد المناط، وهذا لاينافي الاجماع على عدممعذورية الجاهل بالحكم وكونه كالعامد لان مورده الاحكام التكليفية ، لامثل المقام الذي المدار فيه على الضرر، فتركه للفحص عن الحكم الشرعي كترك الفحص عن الغبن لاينافي المعذورية .

المسألة الثانية: الناسي في حكم الجاهل ، وهو بالنسبة الى الحكم واضح، كما لوعلم قبل العلم بالغبن بأن المغبون بالخيار لكنه بعد ماعلم بالغبن نسي ثبوت الخيار له فهو أيضاً معذور في ترك المبادرة، وأما بالنسبة الى الموضوع فيشكل تصويره لانه بمجرد علمه بالغبن ثبت له الخيار فوراً ، فاذا لم يفسخ سقط خياره، ونسيانه لايجدي بعدترك المبادرة ، نعم يمكن تصوره فيما لوعلم قبل العقد بأن المعاملة الفلانية غبن لكنه نسي الغبن حال العقد ، فهو أيضاً معذور فهو بالخيار بعد تذكره للغبن الذي كان عالماً به قبل العقد .

المسألة الثالثة: أن الشك في ثبوت الخيار كالجهل به في كونه سبباً للمعذورية لمامر سابقاً أن الجهل البسيط كالجهل المركب بالنسبة الى أصل الغبن ، فليس اقدامه على البيع مع الشك في الغبن اقداماً على الضرر كذلك الشك في الخيار فليس كالعلم به في سقوط الخيار ، ولكن قال في الكتاب: يحتمل عدم المعذورية لتمكنه بالفسخ بعد العلم بالعين والشك في الخيار ثم السؤال عن صحته .

فيه : أنه منقوض : بالشك في الغبن مع اعترافه « قده » بعدم سقوط الخيار

فيه ، ومنحل : بأن التمكن من الفسخ احتياط لايجدي في استناد الضرر اليه بترك الفسخ ، فمالم يعلم بالخيار لايستند اليه الضرر .

المسألة الرابعة: هل الجاهل بالفورية كالجاهل بأصل الخيار في المعذورية؟ وجهان مبنيان على أن ترك المبادرة في صورة العلم بالخيار والفورية مسقط من جهة كونه التزاماً بالعقد أو من جهة عدم ثبوت حق الخيار له شرعاً الاعلى وجه الفور لعدم الدليل ، فعلى الاول : يكون الجهل بالفورية عذراً لعدم دلالة ترك المبادرة على الالتزام بالعقد ، وعلى الثاني : يكون مجرد العلم بالخيار كافياً في سقوطه بترك المبادرة .

وهذا هو الاقوى، لانه بمجرد علمه يصير متمكناً للفسخ فاذالم يفسخ فالضرر مستند اليه لاالى حكم الشارع .

فان قلت : أنه انما يترك الفسخ فوراً بسبب اعتقاد التراخي فليس مقدماً على ضرر نفسه بترك المبادرة اتكالا على زعم التراخي .

قلت : وان لم يكن مقدماً الاأن الاقدام لاحاجة له بعد كون مجرد الاستناد كافياً في سقوط الخيار ، فهذه أمور ثلاثة : الالتزام بالعقد ، والاقدام على الضرر ، والاستناد . وترك المبادرة قاطع للعذر من الجهة الاخيرة هنا.

المسألة الخامسة : لو اختلفا في العلم و الجهل ، فادعى المغبون الجهل بالخيار فحاله كحال مالو اختلفا في العلم والجهل بأصل الغبن ، وقد تقدم أن بناء المشهور تقديم مدعي الجهل ، لاصالة عدم علمه ، وقد تقدم أيضاً احتمال التفصيل وتخصيص السماع عمن يحتمل في حقه الجهل ولم يكن هناك أمارة دالة على كونه عالماً كالدلال ونحوه بناءاً على العبرة بهذا الظهور في كونه مخالفاً للظاهر ، حتى يكون مدعياً لامنكراً ، فراجع .

هذا تمام الكلام في خيار الغبن ، وله الحمد على مامضى وعلى ماسيأتي.

القول في خيار التأخير

الحاصل من جهة تأخير الثمن ، قال العلامة « قده » في محكى «التذكرة»: من باع شيئاً ولم يسلمه الى المشتري ولاقبض الثمن ولاشرط تأخيره ولو ساعة لزم البيع ثلاثة أيام ، فان جاء المشتري بالثمن في هذه الثلاثة فهو أحق بالعين، وان مضت الثلاثة ولم يأت بالثمن تخير البائع بين فسخ العقد والصبر والمطالبة بالثمن عند علمائنا أجمع . انتهى .

وحاصل ذلك أنه لابد من حصول الخيار تحقق تأخير الثمن الى ثلاثة أيام فلو أخر الثمن الى يومين بل الى مابقي بساعة من ثلاثة أيام لم يحصل للبائع الخيار ، ولكن ربما يشكل ذلك ويقال بحصول الخيار لو لم يعجل المشتري بأداء الثمن، فلو أخر بيوم مثلا فللبائع الخيار .

وجه ذلك : أن اطلاق العقد ينصرف الى التعجيل فيكون تعجيل الثمن بمنزلة الشرط ، فيجري عليه حكم الشرط، فيكون التأخير مخالفاً للشرط ، ولازمه ثبوت الخيار لمكان تخلف الشرط كما هو الحال في الشرط الصريح وكذلك الشرط الضمني ، فتخلفه يوجب حصول الخيار ، مثل أن اطلاق العقد ينصرف الى الصحيح ، فاذا حصل التخلف ثبت الخيار لتخلف الشرط .

وأجيب عن هذا بأن هذا انما هو بالاجماع لان الاصل في العقد هو اللزوم ، وقد ثبت بالاجماع جواز العقد بعد الثلاثة وهو المخرج عن الاصل ويبقى العقد في الثلاثة ولو أخر الثمن في بعضها تحت الاصل المقتضي للزوم .

ولكن هذا الجواب ليس بشيء، والاولى أن يجاب عنه بمنع كون المنصرف بمنزلة الشرط الموجب تخلفه للخيار مطلقاً ، بل المسلم منه اذا كان على طبق أمارة نوعية كما في وصف الصحة، فكون خلاف الصحة سبباً للخيار انما هو للغلبة

النوعية المقتضية للصحة، فيجري مجرى الاشتراط، وأما مجرد الانصراف بدون وجود أمارة فلا .

هذا ثم ان هذا الخيار كما هو مختص بعقد البيع لمكان ظهور الاجماع ، كذلك مختص للبائع لمكان الشهرة بل المخالف غير معلوم عدا ماحكي عن « الدروس » من استظهاره ثبوت الخيار للمشتري أيضاًمن عدم تعرضهم لاجباره على نقد الثمن وتسليمه الى البائع بعد الثلاثة حيث قالوا بثبوت الخيار بعدالثلاثة للبائع وسكتوا عن حال المشتري واجباره على نقد الثمن ، وهو يدل على ثبوت الخيار له أيضاً ، اذلولاه لزم اجباره على تسليم الثمن ، وحيث لم يقولوا بل سكتوا، يكشف عن كون الخيار له أيضاً .

وأجاب عن ذلك في « الجواهر » بماحاصله : أن عدم تعرضهم لاجباره على نقد الثمن ليس لثبوت الخيار للمشتري ، بل لعل التأخير يكون برضا البائع .

والاولى أن يقال : ليس محط كلامهم ، وذلك، أعني تنقيد الثمن ووجوبه على المشتري واجباره عليه بل لذلك محل آخر وقد ذكروا في محله : أن اطلاق العقد يقتضي تعجيل الثمن، ويجب عليه تسليمه الى البائع ، فلو امتنع يجبر، وهذا يغني عن التعرض به في المقام ولو كان المشتري ناقداً للثمن الأن البائع لايقبضه المبيع لعدم حضوره عنده أو لغيره ، فهل يثبت له الخيار حينئذ ، أي لو أخر المثمن الى أن انقضت ثلاثة أيام ؟ قيل: له وجه ، وغاية ما يمكن أن يقال وجهاً، أمران :

أحدهما : قاعدة الضرر لاستلزام تأخير المبيع و بقاء الثمن عند المشتري أمانة الضرر المنفي .

وفيه : أنها من القواعد التي يحتاج العمل بها الى الجبر من عمل الاصحاب ولا أقل من ثلاثة ، وهو مفقود لعدم ذهاب أحد اليه مضافاً الى امكان التقاص بالثمن

عوضاً عن المبيع ، الأأن يقال : امكان التقاص تدارك للضرر ، وهولايجدي ، لان نفي الضرر يدل على نفي الحكم المجعول الضرري لاعلى تداركه .

وثانيهما : مناط أخبار الباب الناطقة على ثبوت الخيار للبائع بتأخير الثمن فانه جابر في تأخير المثمن أيضاً كما هو كثيرة نظائره ، كجريان قاعدة التلف قبل القبض في طرف المشتري مع اختصاص دليله بتلف المبيع، وجريان خيار العيب في الثمن مع اختصاص دليله بالمبيع وجريان خيار الحيوان فيما كان الثمن حيواناً مع اختصاص دليله في ماكان الحيوان مبيعاً ، وغيرذلك ، حيث يجرون حكم المنصوص من أحد الطرفين الى الاخر أيضاً بائعاً أومبيعاً لاتحاد المناط .

فيه : أن الحكم خلاف القاعدة فينبغي الاقتصار على موردالنص والاجماع، والمناط القطعي ممنوع ، والظني لاجدوى لـه فالاقوى اختصاص الخيار للبائع دون المشتري ، فيدل على ثبوته للبائع أمور :

أحدها : الاجماع المحكي عن « الانتصار » و « الخلاف » و « الجواهر » وماصرح به العلامة في « التذكرة » كما سبق .

ثانيها : أن الصبر أبداً مظنة الضرر المنفي بل الضرر هنا كما ذكر في الكتاب أشد من الضرر في الغبن حيث أن المبيع هنا في ضمانه و تلفه منه وملك لغيره لايجوز له التصرف فيه .

والجواب عن ذلك بامكان المقاصة كماسيجيىء ذكره في بعض الفروع الاتية، مدفوع بما ذكرنا من أن المقاصة تدارك للضرر بعد حصوله ، ونفي الضرر يدل على نفي الحكم الضرري وهو اللزوم .

وثالثها : الاخبار المستفيضة ، منهـا : روايـة علي بن يقطين ، قال : سألت أباالحسن عليه السلام عن الرجل يبيع الشيء ولايقبضه صاحبه ولايقبض الثمن ؟ قال عليه السلام : الاجل بينهما ثلاثة أيام ، فان قبضه بيعه والا فلابيع بينهما .

ورواية اسحاق بن عمار عن العبد الصالح عليه السلام، قال: من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيىء ، فلا بيع له .

ورواية ابن الحجاج : اشتريت محملا وأعطيت بعض الثمن وتركته عند صاحبه ثم احتبست أياماً ثم جئت الى بائع المحمل لاخذه فقال :قد بعته، فضحكت ثم قلت : لا ، والله ما أدعك وأقاضيك ، فقال : أترضى بأبي بكر بن عيّاش ؟ فقلت : نعم فأتيناه ، فقصصت عليه قصتنا، فقال أبوبكر: من تريد أن أقضي بينكما أبقول صاحبكما أو غيره ؟ قلت : بقول صاحبي ، قال : سمعته يقول : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام ، والا فلا بيع له .

وصحيحة زرارة ، عن أبي جعفر عليه السلام ، قلت له : الرجل يشتري من الرجل المتاع ثم يدعه عنده فيقول: آتيك بثمنه ؟ قال : ان جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام ، والا فلا بيع له . واطلاق هذه الاخبار ككلمات الاصحاب، عدم الفرق في تقدير المدة المزبورة ، أعني ثلاثة أيام ،بين كون المبيع جارية وغيرها ،خلافاً لما حكي عن الصدوق « قده » حيث قدّر المدة في الامة الشهر ، للخبر الوارد فيمن اشترى جارية وقال : أجيئك بالثمن ، ان جاء بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له .

وأجاب عنه في محكي « الدروس » بالشذوذ، في محكي « المختلف » بضعف السند، وكلاهما ضعيفان ان أمكن الجمع، لانه أولى من الطرح. وعن «الاستبصار» احتمل حمله على الندب أي استحباب صبر البائع وترك الفسخ الى شهر وهو يتّجه بناءاً على التراخي وفي « الجواهر » أن الخبر واضح الدلالة نقيّ السند.

والاولى أن يجمع بينه وبين الاخبار المذكورة بحمله على بيان أمد الخيار ومدته ، بمعنى أن الخيار بعد الثلاثة ثابت الى مضيّ شهر ، لأن العقد لازم في شهر وبعده يثبت الخيار حتى يحصل التعارض لنصوصيّة الاخبار على ثبوت الخيار بعد الثلاثة ، ولمكان الاجماع على ذلك، فيكون الخبر على بيان مدة الخيار

ومن أدلة القول بالتراخي وتحديده الى شهر انما هو للزوم الضرر بالتراخي أبداً ودائماً ، فتأمل .

ثم ان مفاد تلك الاخبار هو نفي الصحة المساوق هنا للانفساخ فلا دلالة على الخيار كما استدل لثبوت الخيار المشهور بتلك الاخبار ، فلذا صار الشيخ في « المبسوط » وصاحب « الكفاية » الى الفساد بعد الثلاثة تجمّدا بتلك الاخبار. وطعن صاحب « الحدائق » على العلامة « قده » حيث اعترف بأن مفاد الاخبار الفساد ، ومع ذلك اختار مذهب المشهور من الخيار .

وأقصى ما قيل أو يقال في صرف هذا الظهور والقرينة على ارادة نفي اللزوم من تلك الاخبار أمور :

أحدها : أن مفاد هذه الاخبار ، عدا رواية علي بن يقطين ، هو سلب البيع بالنسبة الى المشتري فقط ، فثبوته للبائع دونه قرينة على ارادة الخيار لا الفساد والانفساخ لانه لايقبل التفكيك، فالمعنى أنه لابيع للمشتري ، بمعنى أن زمام أمره ـ فسخاً أو امضاءاً ـ ليس بيده لكونه لازماً في حقه من حين العقد وانما الخيار حينئذ ـ أي بعد ما أدّى الثلاثة حتى انقضت ـ بيد البائع ، ان شاء أمضى وان شاء فسخ .

ويمكن الخدشة في ذلك أنه : اذا فرض التلازم بين أمرين ، فسلب البيعيّة عن أحدهما يدل بالالتزام العقلي على سلبها من الاخر ، كأن يقال : أن زيداً ليس أخاً لعمرو ، فهو في قوة أن يقال : أن عمرواً ليس أخاً لزيد ، فلا أخوّة بينهما . وكذلك في سلب البيع عن المشتري يدل على سلبه من البائع لعدم تعقّل التفكيك .

ثانيها : قرينة المقابلة ،حيث قوبل سلب البيع بقوله : ان جاء بالثمن ،المراد منه اللزوم ، فيكون المقابل أنه ان لم يجيء بالثمن فالبيع ليس بلازم قضية

لحق المقابل .

فيه : على تقدير تسليم دلالة المقابلة على سلب اللزوم أن سلب اللزوم محمل مردّد بين أمرين : سلب الصحة وسلب اللزوم ، ضرورة أن سلب الصحة مستلزم لسلب اللزوم ، فالعام لايدل على الخاص .

ثالثها : فهم المشهور قرينة صارفة للظهور .

فيه : أن الشهرة ــ كماقرر في محله ــ ليست جابرة ولا كاسرة للدلالة و الظهور اللفظي الا اذا كشف كشفاً قطعياً عن قرينة صارفة ، واثبات ذلك دونه خرط القتاد .

ورابعها : أنه ورد في بيع ما يفسد ليومه أنه ان جاء المشتري بالثمن ما بينه وبين الليل والا فلا بيع له . وقد أجمعوا هناك على أن المراد ثبوت الخيار للبائع لا البطلان والانفساخ ، فيستكشف من ذلك أن هذا الاستعمال مع وحدة التعبير والتأدية في لسان الاخبار شائعة في نفي اللزوم وثبوت الخيار فيثبت الظن القوى من اللفظ ما صار اليه المشهور من ثبوت الخيار للبائع معتضداً بالاصل العملي، لان مقتضاه ثبوت الخيار لا الانفساخ لاستصحاب صحة وبقاء أثره بعد الثلاثة. ومع تسليم الاجمال في سلب البيع وتردده بين الوجهين استصحاب بقاء الاثر والصحة يقتضي عدم البطلان والانفساخ ، لاحتياج زوال أثره الى مزيل قطعي ودليل معتبر . ولعل الظاهر من الاخبار بملاحظة مجموع تلك الوجود المذكورة هو ما صار اليه المشهور من عدم الانفساخ خلافاً للجماعة المذكورة .

ثم انه لهذا الخيار يذكر شروط :

الشرط الاول : يشترط في تحقق هذا الخيار عدم اقباض المبيع بلاخلاف، عدا المحكي عن الشيخ في «الخلاف» حيث قال : ومتى تعذّر تسليم الثمن كان البائع بالخيار ، سواء أقبض المبيع أم لا. ولكن جعله مخالفاً فيما نحن فيه لاوجه له ، لان مورد كلامه تعذّر تسليم الثمن ، ومورده هو الثمن الجزئي ، وثبوت الخيار فيه منصوص من غير تقيّده بمضيّ الثلاثة ، بخلاف خيار التأخير ،

وكذلك لو كان الثمن كلياً أو جزئياً وامتنع المشتري من تسليمه مع امكانه ،ففي اجباره على التسليم أو كون البائع بالخيارخلاف ، والاقوى الاجبار دون الخيار الا اذا انحصر دفع الضرر بالخيار .

وكيف كان ، لااشكال في هذا الشرط ، ولكن الكلام في مدركه مع الغض عن الاجماع لخلو أخبار المسألة عن اعتبار هذا الشرط ، ولذا استشكل في «الجواهر» في اعتباره لو الاجماع ، وجعل مدركه منحصراً به .

نعم عن شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب : ويدل عليه من الروايات المتقدمة قوله عليه السلام في صحيحة علي بن يقطين المتقدمة : (فان قبض بيعه والا فلابيع بينهما) بناءاً على أن البيع هنا بمعنى المبيع. ثم قال : ولكن في «الرياض» انكار دلالة الاخبار على هذا الشرط وتبعه بعض المعاصرين ـ أعني صاحب «الجواهر» ـ ولا أعلم له وجهاً غير سقوط هذه الفقرة عن النسخة المأخوذة منها الرواية، أو احتمال قراءة قبض ـ بالتخفيف ـ وبيّعه ـ بالتشديد ـ يعني قبض بائعه الثمن ، ولا يخفى ضعف هذا الاحتمال ، لان استعمال البيّع مفرداً نادر ، بل لم يوجد مع امكان جريان أصالة عدم التشديد ، نظير ما ذكره في «الروضة» من أصالة عدم المدّ في لفظ البكاء الوارد في قواطع الصلاة . انتهى .

ويؤيد ماذكره من الاحتمال الاول رواية قبضه مع ضمير المفعول ،كما حكاه «قده» في الكتاب عند ذكر الاخبار بناءاً على قراءة قبض حينئذ ـ بالتشديد ـ وبيعه ـ بالتخفيف ـ أي قبّض البائع المشتري مبيعه ، فيكون حينئذ دليلا على المشهور ،كما أنه يؤيد الاحتمال الثاني المسقط للاستدلال قبضه مع الضمير ، لكن مع قرائته بالتخفيف وبيّعه ـ بالتشديد ـ أي قبض الثمن بائعه ، فتوافق الاحتمال الثاني. لكن الظاهر عدم وجود الضمير في الرواية ،كما في أكثر الكتب بل في كتاب شيخنا العلامة «قده» حكاه أخيراً بدون الضمير .

وأما ما ذكره «قده» من الوجهين منشأ لانكار صاحب «الجواهر» و«الرياض» لدلالة الاخبار لايخلو من نظر، أما في الاول فلانه اجتهاد في مقابلة الحس ، لان نسخة «الجواهر» و«الرياض» مشتملتان على الفقرة المذكورة ، فكيف نحتمل عدم وجودها في النسخة المأخوذة منها الرواية ، بل في «الجواهر» صرّح أن قوله : (ان قبض بيعه) مورد سؤال الراوي، ولايدل على شرطية عدم القبض، لان المورد لايكون موجباً للحصر والتخصيص ، ومع ذلك كيف ينسب سقوط هذه الفقرة عما أخذ. أو لعل النسخة الموجودة عند شيخنا العلامة الانصاري «قده» كانت خالية عن هذه الفقرة وساقطة عن قلم الناسخ .

وأما في الثاني : فلاحتمال أن يكون قوله عليه السلام: ان قبض بيعه ـ بالتخفيف ـ محمولا على ما بعد الثلاثة، ويكون المراد بيان معنى الخيار ، لا أن يكون المراد به قبضه المبيع في الثلاثة ليدل على شرطية عدم قبضه في الثلاثة في ثبوت الخيار بل منزل على ما هو المتعارف في ثبوت الخيار بأن المشتري ان قبض المبيع أي أعطى الثمن وأخذ المبيع فلا يفسخ البائع .

وان كان الفسخ بأن لايقتضيه المبيع، وما أعطى الثمن، فيفسخ البائع فلا بيع لهما ، فالمراد به حينئذ بيان الامر المتعارف في الخارج بعد ثبوت الخيار بعد الثلاثة لابيان موضوع الخيار وهو عدم قبض المبيع في الثلاثة .

ويؤيده اشتمال نسخة «الجواهر» على لفظة (جاء) أي ان جاء المشتري بعد الثلاثة وقبض مبيعه من البائع فهو، بداهة أن البائع اذا أعطى المشتري المبيع فلا يفسخ البيع والا ان لم يجيء وما قبض المبيع بأن لم يجيء بالثمن ليقبض المبيع فله الفسخ .

وهذا المعنى لايدل على اشتراط عدم القبض في ثبوت الخيار ، فلا ينحصر منشأ عدم الدلالة بما ذكره «قده» من قرائة بيعه ـ بالتشديد ـ بل لادلالة له على

الشرطية بناءاً على قرائة بيعه ـ بالتخفيف ـ وكون البيع بمعنى المبيع أيضاًلما ذكرنا . وأما ما ذكره «قده» مرجّحاً بقرائة بيعه ـ بالتخفيف ـ من الوجهين ، ففي الثاني منهما نظر ، لالبطلان القياس ، بل لبطلان الحكم في المقيس عليه ، لامرين :

أحدهما: عدم الحالة السابقة، لاصالة عدم الزيادة في الكلمة لانها اما حدثت زائدة أو ناقصة ، ولم يكن في زمان حدثت ناقصة ثم شك في عروض الزيادة لها.

وثانياً : أن هذا الاصل لايجدي الاعلى الاصل المثبت، لان الاثر ليس مترتباً على عدم الزائد ، بل مترتب على وجود الناقص واثبات الضد بنفي ضده الاخر أصل مثبت .

نعم أصالة عدم المانع من الاصول العقلانية ، وليس مبنياً على التعبد الشرعي، فحكمه حكم الامارة ، أما مطلق أصل العدم فلا اعتبار به ، بل لابد من انتهائه الى الاصل الشرعي ، فأصالة عدم التشديد لا اعتبار بها في المقام . والوجه : الاول ، أعني ندرة الاستعمال ان تم فهو ، والا انحصر المدرك بالاجماع لتردد الامر بين الاحتمالين وعدم مرجح في البين . هذا ، وها هنا فروع :

الفرع الاول : هل يشترط في القبض المسقط للخيار اذن البائع أم لا ؟ فلا يسقط خياره لو قبضه المشتري بدون اذن البائع ؟ وجوه :

أحدها : أن يكون مسقطاً مطلقاً ، لاطلاق ما دل على سقوطه بالقبض .

ثانيها : عدم سقوطه لانصرافه الى ما كان القبض صحيحاً باذن البائع ، مضافاً الى أن سقوط الخيار بالقبض لاسقاط حقه حيث كان له حق التحبيس لاستنقاذ الثمن ، فاذا قبضه، أسقط هذا الحق وانحصر حقه بمطالبة الثمن ، وهذا لايأتي في القبض بدون اذنه ، فيبقى حقه باقياً .

ثالثها: أن يفصل بين ما لو استردّه البائع فيكون كلا قبض وله الخيار، وبين

مالو أبقاه في يد المشتري فيسقط خياره لان عدماسترداده المبيع مع امكانه رضاً للقبض .

رابعها : أن يبنى المسألة على ما سيجيء في أحكام القبض من أن ضمان البائع هل يرتفع بهذا القبض الحاصل بدون اذنه أم لا ؟

فعلى الاول : يسقط خياره اذ مع ارتفاع الضمان لاضرر على البائع ، لان الضرر المتصور اما وجوب حفظ المبيع عليه لو استرده ، أو عدم وصول ثمنه اليه ، وكلاهما ممكن الاندفاع بأخذ المبيع مقاصة .

وعلى الثاني : يبقى خياره ، اذ مع عدم ارتفاع الضمان يجري الضرر ، واختاره شيخنا العلامة «قده» ، ولكن الاقوى هو الوجه الثاني ، للانصراف ، فيكون هذا القبض كلا قبض ، وأما ما ذكره وجهاً للثالث ، ففيه منع كون ترك الاسترداد مع امكانه قبضاً ، دالا على الرضا بالقبض ، فمقايسته بالرضا بالقبض في الفضولي قياس مع الفارق .

وأما مدرك الوجه الاخير ، ففيه: أن امكان المقاصة بأخذ المبيع ان كان رافعاً للضرر ومانعاً عن الخيار فهو ممكن في مورد عدم حصول القبض رأساً أيضاً مع ثبوت الخيار له اجماعاً ، فيعلم أن ثبوت الخيار ليس للضرر بل حكم تعبدي ثبت بالنص والاجماع، فسقوط الضمان وعدمه لاربط له بالمقام ولامدخل للخيار ثبوتاً وسقوطاً ، فلابد من أخذ أحد الامرين : اما الاخذ باطلاق القبض أو انصرافه الى القبض باذن البائع ، ولاوجه للتفصيل .

الفرع الثاني : لو كان عدم قبض المبيع لامتناع من البائع وعدوانه بأن بذل المشتري الثمن فامتنع البائع من أخذه واقباض المبيع. الظاهر عدم الخيار للبائع لوجوه :

أحدها : أن القدر المتيقن من ثبوت الخيار عند عدم قبض المبيع ، هو

مالم يكن من جهة امتناع البائع ، بل ثبوت الخيار له في صورة عدم قبضه انما هو من جهة عدم قبض المشتري له وعدم مجيئه للثمن حتى يأخذ مبيعه .

وثانيها : استظهار عدم قبض المشتري واشتراطه في تحقيق الخيار من أخبار المسألة انما هو فيما لم يكن لعدوان من البائع ، فيدّعي حينئذ ظهور الاخبار فيما كان عدم القبض لا لعدوان البائع ، بل لكونه في مقام التسليم وعدم تسلّم المشتري اياه ، فتكون صورة عدم قبض المشتري خارجاً عن التصرف لاختصاص ظهور الاخبار في غير العدوان فيه .

وثالثها : هو أن هذا الخيار انما شرّع من جهة الارفاق للبائع لدفع تضرره فلا يجري حينئذ فيما كان الامتناع من قبله . ولعل هذا الوجه الاعتباري مدرك للوجهين الاولين .

ورابعها : أن المدار في الخيار بمقتضى الاخبار الواردة في المسألة على عدم مجيىء المشتري بالثمن كما هو المعلوم بمنطوق بعض تلك الاخبار ومفهوم الاخرى ، فمع بذل المشتري الثمن ومجيئه به لاخيار للبائع وان لم يقبضه ، هذا و ...

الفرع الثالث : لو انعكس الامر ، بأن كان عدم قبض المبيع لامتناع من المشتري ،فلو مكّنه البائع من القبض فلم يقبض، فيه وجهان بل قولان :أحدهما نقل عن موضع من« التذكرة » سقوط الخيار .

والوجه فيه ، أولا : هو كون التخلية قبضاً ، وأن تمكين البائع من أخذ المشتري المبيع تخلية ، فحيث يحصل القبض لاخيار للبائع .

وثانياً: أن خيار البائع من جهة لزوم الضرر ، أعني ضرر ضمان المبيع على البائع ، وهو منتف بمجرد التمكين ، وكلا الوجهين كما ترى ، لمنع حصول القبض بمجرد التمكين والتخلية وعدم ابتناء الخيار على الضرر ،فان العلة والمدار

ليس هو لزوم الضرر ، بل المدار والمدرك في الخيار هو الاخبار الدالة على ثبوت الخيار ما لم يتحقق القبض ، ومن المعلوم عدم تحققه بمجرد التمكين .

الفرع الرابع : ولو تحقق قبض بعض المبيع فهل هو كلا قبض ؟ لان الظاهر من الاخبار هو ثبوت الخيار ما لم يتحقق مجموع المثمن وسقوطه عند تحقق قبض مجموع المبيع ،والمفروض أن قبض البعض ليس قبضاً للجميع ،أو أنه كالقبض؟ لظهور الاخبار وانصرافها الى ثبوت الخيار عند صورة عدم قبض شيء من المبيع وسقوطه عند تحقق قبض المبيع كلا أو جزءاً فيصدق قبض شيء من المبيع عند حصول قبض جزء منه . أو أنه يتبعّض الخيار ؟ فبالنسبة الى المقبوض لاخيار وبالنسبة الى غير المقبوض خيار ، وجوه ، والمدرك في الاخير هو جريان لاضرر بالنسبة الى غير المقبوض، فيثبت الخيار وعدمه في المقبوض ، وفي الوجه الثاني: أن المراد بالمبيع كقوله : وان قبض بيعه ، حيث أن (بيع) في ذلك الخبر بمعنى المبيع انما لوحظ على سبيل المرآتية ، وفي الوجه الاول أنه انما لوحظ على سبيل الموضوعية .

ويندفع الوجه الاخير : أن المدرك في ذلك الخيار ليس هو قاعدة «لاضرار» فلا يدور مداره بل المدرك في ثبوت الخيار هو الاخبار الخاصة، وأما الوجهين الاولين ، فان قلنا بظهور أحدهما فهو المبيع والا كما هو المختار حيث اخترنا في الاصول أنه اذا دار الامر في اسراء الحكم على تمام الموضوع الذي كان له أفراد متعدّده بين ملاحظته المتكلم على سبيل الموضوعيّة أو على سبيل المرآتية لاأصل ولا ظهور في البين لعدم تكفل الوضع لهذا الاعتبار بل انما هو تابع للموارد وفي مثل قوله تعالى (ان الله لايحب كل مختال فخور) انما لوحظ على سبيل المرآتية ، وفي مثل : (ليس كل ما يتمنى المرء يدركه) انما لوحظ على سبيل الموضوعية فحيث لاظهور في المقام يصير الخبر من جهة قبض البعض في كونه قبضاً أو كلا قبض مجملا فيرجع الى أصل آخر وهو أصالة اللزوم لعدم

مجييء أصل الخيار واستصحابه في المقام .

هكذا أفاد شيخنا الاستاذ « دام ظله العالى » وقد أوردت عليه في مجلس البحث أن الخبر المشتمل على قبض المبيع هو رواية علي بن يقطين وباقي أخبار الباب مطلق من هذه الجهة كقوله عليه‌السلام : من اشترى شيئاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيىء فلا بيع له ، الخ فانها باطلاقها تدل على ثبوت الخيار سواء أقبض البعض أي بعض المبيع أم لا ؟ فالمرجع حينئذ اطلاق تلك الاخبار لانه من المقرر اذا كان المقيد المنفصل مجملا من بعض الجهات ، فالمحكم اطلاق المطلق .

فان قيل ان تلك الاخبار وان كانت مطلقة الا أنها مقيدة بقيام الاجماع على اشتراط الخيار صورة عدم القبض . قلت: الاجماع دليل لبيّ والقدر المتيقن من التخصيص هو صورة عدم قبض المجموع ، بمعنى أن في صورة قبض الجميع لم يكن للبائع الخيار ، وأما اذا حصل قبض البعض دون بعض آخر ، فمحل شك ، فيرجع الى دليل الخيار ، وان شئت فقل : ان الامر في تقييد الاجماع دائر بين الاقل والاكثر ، فعند الشك فيه يصير المحكم في الاكثر هو الاطلاق .

هذا ، ثم ذكر شيخنا الاستاذ «دام ظله العالى» ان الروايات الواردة ما عدا رواية علي بن يقطين وان لم تشتمل على لفظ المبيع وقبضه ، الا أن كلها مشتملة على لفظ الثمن ، وبضميمة الاجماع المركّب يصير حال المبيع حال الثمن ، بمعنى أن الاجماع قائم على التلازم بين حال الثمن والمثمن في اشتراط القبض وكيفيّة القبض بحسب ملا حظة قبض الجميع مرآة أو مجموعاً ، فاذا فرضنا اشتمال الروايات على الثمن وكونه مجملا من جهة تلك الملاحظة فيرجع الى أصل اللزوم .

وكذلك المبيع أيضاً، فيشك في اشتراط عدم قبضه من جهة اعتبار عدم قبض شيء منه أو اعتبار عدم قبض مجموعه ، وجهة الشك هو التلازم بينه وبين الثمن

الثابت بالاجماع المركب ، بمعنى أن كل من قال على اعتبار العموم المرآتي في الثمن قال به في الثمن ، وكل من قال على اعتبار الموضوعي فيه ، قال بـه فيه أيضاً ، فالمرجع في جانب المبيع أيضاً هو أصل اللزوم .

هكذا أفاده دام ظله ، فافهم .

الشرط الثاني : في الثمن ويشترط فيه أيضاً عدم قبض مجموع الثمن فأصل اشتراطه لاكلام فيه نصاً وفتوى ، وهل هو موضوعي حتى يكون قبض البعض كلا قبض أو مرآتي حتى يكفي في سقوط الخيار قبض شيء منه والكلام السابق في المثمن يجري هنا طابق النعل بالنعل، وينبغي في الكتاب أيضاً الا حالة اليه ، الا أنه «قده» ذكره مستقلا تنبيهاً علـى ورود رواية ابن الحجاج فـي خصوص تبعيض المثمن واشتمال ظواهر جميع الاخبار له دون المثمن ، ووجهها واضح، اذ أخبار المسألة كلها مشتملة على مجييء الثمن وهو ظاهر في المجموع ، وأما فهم أبي بكر، لانه انما قضى على سقوط الخيار عند قبض البعض لما فهمه من كلام المعصوم عليه السلام .

ثم ان في الاستدلال برواية ابن الحجاج على ماذكره شيخنا العلامة «قده» نظراً ، ويمكن أن يقال فيه وجوه :

أحدها : عدم حجية فهم أبي بكر ، فلا يصلح للاستدلال .

وثانيها: ضعف الرواية، ومع ذلك لاوجه للاستدلال، نعم لاينافي للاعتضاد، كما صنعه في الكتاب .

وثالثها : أن قضية تبعيض الثمـن انما وقعت فـي كلام الراوي والسائل ، ولا دلالة لها ولا ايماء في كلام الامام عليه السلام ، فمع قبول سماع أبي بكر مماشاة ، فهو انما سمع كلامه الشريف ، فهو قوله عليه السلام : من اشترى شيئاً فجاء بالثمن ما بينه وبين ثلاثة أيام والا فلا بيع له . فلاوجه للاستدلال لكفاية قبض البعض فـي

سقوط الخيار لهذا الكلام لعدم صراحته ولا دلالته على سقوط الخيار ، فلا خصوصية لهذه الرواية ، بل حالها كحال الروايات الواردة في المسألة من غير فرق .

هذا ، أما القبض بدون الاذن فكعدمه كما ذكره «قده» في الكتاب ، لكن في صورة عدم الحق ، لظهور الاخبار في اشتراط اذن المشتري في قبض الثمن ولاشتمالها على أن المدار مجيئه بالثمن فلا يصدق في صورة عدم اذنه ولبقاء ضرر ضمان المبيع وعدم وصول الثمن اليه على وجه يجوز له التصرف . وأما اذا كان أخذ البائع الثمن وقبضه بدون اذن المشتري مع الحق بمعنى عرض البيع على المشتري فامتنع من قبضه ، فلا خيار له لعدم مجييء الادلة السابقة ، أما الاخبار فلانصرافها الى غير المقام ، وأما ضرر تأخير الثمن فلانتفائه بقبضه .

نعم ضرر ضمان المبيع حاصل ، لكن الامر فيه سهل ، فيقال حينئذ أنه ليس مدركاً للخيار ، لعدم كون المدار في ذلك الخيار قاعدة الضرر ، أو يقال بسقوط الضمان بسبب عرضه على المشتري ، فالمختار حينئذ هو سقوط الخيار بخلاف القبض بلا اذن من دون حق ، فالاقوى بقاء الخيار لما ذكرنا من الوجوه خلافاً لبعض المشائخ ، حيث فصّل بين طرف المبيع فيعتبر فيه الاذن ، وبين طرف الثمن فلا يعتبر فيه الاذن، نظراً الى تعبيرهم في طرف المبيع باشتراط عدم الاقباض وفي الثمن باشتراط عدم قبضه .

فيه : ان هذا مجرد تعبير من جهة مناسبات عنوان المسألة في البائع ، الأن يقال: ان التعبير اذا كان موهماً لخلاف المقصود لاينبغي أن يكون بمجرد المناسبة بل ينبغي لهم أن يقولوا اذا لم يقبض البائع المبيع ولا أقبضه المشتري الثمن ، ولعله الى ذلك أشار في الكتاب بقوله : فتأمل .

ولو قبض البائع الثمن ثم أجازه المشتري فهل يتحقق باجازته القبض

الصحيح المسقط للخيار أم لا ؟ فيه وجهان من عدم جريان أدلة الفضولي هنا ، لانها اما عمومات أو أخبار خاصة واردة في خصوص المعاملة ، كحديث عروة البارقي ، وكلتاهما لاتجريان في المقام لعدم كون القبض من العقود والمعاملة ، فلا يتحقق القبض الصحيح .

ومن أن الراضي بفعل كمن فعله، مما دلت عليه الاخبار وشهد به بناء العقلاء فيكون ذلك قبضاً صحيحاً فيترتب عليه أثره ، وهل هي كاشفة في المقام أو ناقلة؟ الاقوى الثاني في خصوص المقام فتظهر الثمرة فيما لو حصل القبض قبل الثلاثة فأجاز المشتري بعدها ، فان قلنا بالكشف فليس للبائع الخيار لحصول قبض الثمن وفقدان الشرط أول زمان تحقق ذلك الخيار أعني زمان انقضاء ثلاثة أيام، فلا يكون الخيار بعد الثلاثة وان قلنا بالنقل فالخيار ثابت للبائع لصدق عدم حصول القبض بعد الثلاثة الى زمن الاجازة .

الشرط الثالث: كون العوضين حالين، فلو شرط الاجل في أحدهما أو كليهما لاخيار في البين ، لوجوه :

أحدها : أصالة اللزوم ، حيث شككنا ثبوت ذلك الخيار مع اشتراط تأجيل أحد العوضين .

وثانيها : أن المتبادر من نصوص الباب صورة الحلول ، لغلبته وندرة صورة التأجيل، فيخرج عن منصرف تلك الاخبار فيقتصر في مخالفة الاصل على منصرف الاصل ولا يخفى أن مرجع هذين الوجهين الى شيء واحد وهو أصل اللزوم .

وثالثها : قيام الاجماع على عدم الخيار في صورة تأجيل العوضين فاشتراط الحلول حينئذ اجماعي ولو كان في الجملة حيث يستفاد الخلاف في صورة تأجيل المثمن دون الثمن ، كما في «الجواهر» .

ورابعها: ما ذكره في «الجواهر» تأييداً ، وهو التنافي بين ثبوت ذلك الخيار

مع اشتراط التأجيل ، فلو اشترط التأجيل الى زمان طويل أو قصير ، فلا يتقدر بالثلاثة .

فيه: ما أفاده في مجلس البحث، أن التقدر بالثلاثة بمقتضى الاخبار لاينافي اشتراط التأجيل وسقوط حق المطالبة الى زمان، اذ معنى التأجيل ليس الا اسقاط حق المطالبة ، فهو لاينافي مع ثبوت الخيار اذا اجتمعت شرائطه التي منها عدم مجيىء الثمن في الثلاثة وان كان البائع أسقط حق المطالبة في الثمن ، فافهم .

الشرط الرابع : أن يكون المبيع عيناً جزئياً لاشخصياً بـأن أشير اليه باسم الاشارة أو جزئياً مردداً بين أمور كصاع من الصبرة الموجودة بخلاف ما لم يكن كذلك كالكلي الذي في الذمة، فان جواز كونه في جانب الثمن وان كان اجماعياً الا أنه ربما يقع الخلاف في كفايته في جانب المثمن بل ربما ينسب الى الاكثر وان لم نجد لها مصرحاً بكون المسألة محل الخلاف[1] الأن المتأمل في كلمات الاصحاب يجدها على طوائف أربع: بين مصرح بالاشتراط ، أي اشتراط كون المبيع شخصياً ، وبين ظاهر فيه ، وبين مصرح بالتعميم ، وبين ظاهر فيه .

أما الطائفة الاولى : ما حكي عن ابن عياش وعن ابن فهد وعن الشيخ في «المبسوط» في نقل مضمون روايات أصحابنا .

وأما الطائفة الثانية: ما حكي عن «جامع المقاصد» ومعقد اجماع «الانتصار» و«الخلاف» وغيرهما ممن وصف المبيع بالمعيّن، كقولهم : (لو باع شيئاً معيناً بثمن معين أو معلوم)، ولا ريب أن المعين ظاهر في الشخصي وان احتمال كونه في مقابل المجهول ، بأن يراد منه شيئاً معلوماً كما أريد في طرف الثمن احتمال لايضر بدعوى ظهوره في العين الشخصية .

وأما الطائفة الثالثة : فصريح المحكي عن القاضي ـ على ما نسبه اليه في

(١) وحكي عن الشهيد نسبة الخلاف الى الاكثر .

«الجواهر» ـ وغيره المأخوذان عن «مفتاح الكرامة» .

وأما الطائفة الرابعة : كاطلاق معقد اجماع «التذكرة» وغيرها ممن أطلقوا في طرف المبيع ولم يقيدوه بالشخصي ولا بالعيني ولا بالمعين، بل جعله في «الجواهر» مع اجماع القاضي وعموم النصوص الحجة في عدم اشتراط الشخصي فمن ذلك يستدل على عدم الاشتراط باطلاق كلماتهم وباطلاق معقد اجماع «التذكرة» وتصريح محكى القاضي وباطلاق روايتي: علي بن يقطين وابن عمار المشتملتين على لفظ البيع المراد به المبيع الذي يطلق قبل البيع على العين المعرضة للبيع لعلاقة المشارفة ، وبرواية أبي بكر بن عياش المشتملة على من اشترى شيئاً ، وبرواية زرارة المشتملة على لفظ المتاع .

ولكن الكل مدخول فيه، أما الاول فلارادة الاختصاص والتقييد منه لانصراف المطلق في كلماتهم في أمثال المقام، خصوصاً مع مراعاة الغلبة في تشخص المبيع وتعينه ، ويشهد بذلك عدم تصريحهم ولا تلويحهم بخلافية المسألة ، مع أن ديدنهم وطريقتهم هو التصريح والايماء الى الخلاف والاستقصاء عن المخالف في كل مسألة . وأما الثاني : فلان معقد اجماع « التذكرة » ـ وان كان مطلقاً ، الا أن في آخر كلامه قرينة صريحة على تشخص العين ـ وهو قوله : ان المشترى لو جاء بالثمن في الثلاثة فهو أحق بالعين .

فان قوله (بالعين) لايناسب مع كون المبيع كلياً ، والقول بأن ذيل كلامه انما فرض في صورة كون المبيع مشخصاً ، ولاينافي ذلك مع كون صدر كلامه في صورة الكلية والاطلاق ، فلايصرف تعميم صدر كلامه بخصوصية ذيله الا أنه بعيد لايصار اليه ، مضافاً الى مانقول في أن صدر كلامه الذي هو مشتمل على لفظة شيئاً ، وهو وان كان مطلقاً الا أنه منصرف الى الموجود الخارجي ،كما نقول في الروايات المشتملة على المبيع والشيء ، فانهما منصرفان الى الموجود

الخارجي لغلبة استعمال المبيع والشيء في الشخصي وصيرورته الى حدلايحتاج ارادة الموجود الخارجي منهما الى قرينة . وأما لفظة المتاع فظهوره في الموجود الخارجي لايكاد ينكر .

وكيف كان الاقوى ـ كما اختاره شيخنا العلامة الانصارى « قده » ـ اشتراط كون المبيع عيناً خارجية للاصل ، فيقتصر فى مخالفة أصل اللزوم على القدر المتيقن ، وهو ثبوت الخيار فيما كان المبيع شخصياً . وأما اطلاق كلمات الاصحاب واشتمال الروايات بالمبيع والشيء فقد عرفت ان المنصرف منهما هو الموجود الخارجي مضافاً الى ظهور اكثرها فيه .

وأما اجماع القاضي على تعميم المبيع فلانه انما أخذ عن « مفتاح الكرامة» فقال شيخنا « قده » : أظن انه أخذ من بعض النسخ المغلوطة ، حيث أن الظاهر أن معقد اجماعه أيضاً كمعقد اجماع « الانتصار » و « الخلاف » الظاهرين في كون المبيع شخصياً لمكان توصيف المبيع بالمعيّن .

والحاصل : أنه ليس في البين دليل معتبر تطمئن به النفس في كفاية كون المبيع كلياً ، فعلى مدعيه تجب اقامة الدليل ـ وأنى له ذلك ـ اذ قد عرفت حال الاطلاقات في كلمات العلماء والروايات لانصرافها الى الاختصاص بالعين الشخصي ، ولو أغمضنا عن ذلك وشككنا في أن المراد من تلك الاطلاقات هل هي العين الشخصية أم الكلي أم ساكتة عنهما ، فيكفي لنا في الاقتصار على العين الشخصية الاصل وظهور اجماع « الانتصار » و « الخلاف» في اشتراط التعيين وصريح «المبسوط» و «التحرير » و «المهذب البارع» و « غاية المرام».

هذا والعجب من بعض أفاضل العصر حيث قال : الانصاف يقتضي التعميم لمنع الاستظهارات التي ذكرها شيخنا العلامة الانصارى « قده » حسبما أشرنا اليه من ظهور اطلاق الفتاوي واطلاق الروايات وانصرافها في الاختصاص . ثم

قال : وعلى فرض ظهورها غايته السكوت عن الحال الكلى ، فلا دلالة فيها على أن الحكم خاص بالشخصي لانهم ليسوا بصدد بيان هذا المطلب ثم قال : وعلى فرض ارادتهم ، فليس بالغاً حد الاجماع . الخ .

وقد ظهر لك مما ذكرنا سقوط هذا الكلام، اذ ليس على مدعي الاختصاص التماس الدليل حتى يقال أن كلماتهم ساكتة عن حال الكلى ، أوليست بالغة حد الاجماع بل يكفيه الاقتصار على القدر المتيقن، أعني اختصاص الاصل وعدم مجيىء دليل كاف في كفاية الكلي .

والقول بأن كلماتهم لاتخلو عن قسمين : أما مطلق أو مقيد ، وكلاهما في المقام مثبتان فلا يحمل أحدهما على الاخر كما هو مقرر في محله بل يؤخذ بمضمون كليهما اذ المقيد ليس بمناف للمطلق . مدفوع بأنه بعد تطرق دعوى الانصراف لاسبيل الى بقاء المطلق في اطلاقه مضافاً الى أن ثبوت الحكم المخالف للاصل والظهور في المطلق لابد من اقامة الدليل، فبمجرد اشتمال كلمات الاكثر والفاظهم الى المطلق لا يمكن أن يحكم بكفاية التعميم مع تصريح جماعة اخرى على الاختصاص، بل نقل الاجماع على ذلك ، والله العالم .

ثم ان هنا اموراً قد يقال باشتراطها في هذا الخيار ، لابأس بالاشارة اليها، فنقول :

منها : عدم خيار آخر ، فهل يشرط في ثبوت هذا الخيار عدم خيار آخر أما مطلق أو لخصوص البائع اما مطلقاً أو في خصوص ثلاثة أيام كما نفي عنه البأس في « الجواهر » بعد استثناء خيار المجلس ؟ وجوه بل أقوال ، ثم ان الخيار الاخر الذي شرط عدمه، يحتمل أن يكون المراد منه مطلق الخيار كما هو الظاهر عن « التحرير » حيث قال : ولا خيار للبائع لو كان في البيع خيار لاحدهما ، فيشتمل باطلاقه على ما يعم خيار الحيوان والشرط وغيرهما من سائر الخيارات

من خيار العيب والغبن ، وكذلك على ما كان الخيار الاخر مختصاً في الثلاثة أو بعدها أو يعمها أو خصوص خيار الشرط كما هو المستفاد من عبارة «السرائر» فينزّل اطلاق « التحرير » عليه ، الا أن الظاهر أنه لا يصلح للتقييد لانه يحتمل أن يكون اقتصار الحلي « قده » على خيار الشرط من جهة كون عنوان المسألة في كلامه : (بيع ماعدا الحيوان، وهو بيع المتاع) فيكون اقتصاره حينئذ على خيار الشرط انما هو بالنسبة الى خيار الحيوان ، حيث لا سبيل له في عنوان كلامه ، فعلى هذا يكون مذهبه ما ذهب اليه في « التحرير » والا يكون مفصلا في أقسام الخيار .

وكيف كان فنحن نحرر الكلام على ماسلك شيخنا الانصاري « قده » في الكتاب من عدم التفصيل في الخيار الذى اشترط عدمه ، فنقول : في المسألة أقوال ثلاثة :

أحدها : ماذهب اليه الاكثر من عدم اشتراط هذا الخيار بعدم خيار آخر حيث أن القائل بالاشتراط فيما رأينا لم يسبق الحلي «قده» في «السرائر» والعلامة «قده» في «التحرير» والدليل على ذلك ليس الا اطلاق الاخبار الواردة في الباب وهو كاف في المرام مضافاً الى عدم تمامية الوجوه التي استدل الخصم على الاشتراط في هذا المقام .

وثانيها : مانسب الى «التحرير» و «السرائر» من اشتراطه لعدم خيار آخر، فيمكن أن يستدل لهذا القول بوجوه :

الاول : أصل اللزوم ،وهو المعتمد في كل مورد مشكوك ، فيقتضي في مخالفته على القدر المعلوم ، ومن هنا يعلم مافي كلام شيخنا العلامة «قده» في الكتاب من الوهن ، حيث استوهن هذا القول بقوله : فلا أعرف وجهاً معتمداً في اشتراط هذا الشرط ، الخ .

ضرورة أنه يكفي في الاشتراط الاعتماد بهذا الاصل بعد عدم دليل يصلح أن يكون وارداً عليه أوحاكماً ، فان الدليل الذي هو حاكم على هذا الاصل ليس في المقام الا الاطلاق .

فلقائل اشتراط هذاالشرط أن يقول: بأن الاطلاق مسوّق لبيان تشريع الخيار بتأخير الثمن عن ثلاثة أيام ، وأما من جهة ثبوت خيار آخر لهما أو لاحدهما وعدمه ساكت ليس بناظر اليه ، فتكون الخطابات الواردة في المسألة من هذه الجهة مهملة لايصلح للاستدلال باطلاقاتها ، فبذلك يندفع مايورد على هذا الوجه تارة بأنه أصل لا مقاومة له في مقابل اطلاق الدليل ، واخرى بأنه يلزم على من اشترط هذا الشرط بتنزيل الخطابات على فرد نادر ، اذ لاينفك كل بيع عن خيار المجلس الا نادراً ،كما اذا اشترط سقوط خيارالمجلس ، فلواشترط خيارالتأخير على عدم خيار آخر لزم أن لايكون لتلك الاخبار الدالة على الخيار بتأخير الثمن مورداً الا بعض الاحيان ، فبدعوى الاهمال في تلك الاخبار يندفع كلا الايرادين .

الثاني : انصراف النصوص الى صورة لزوم البيع من غير جهة تأخيرالثمن كما يشهد بذلك قوله : (ان جاء مابينه وبين ثلاثة أيام ، والا فلا بيع له) يعني أن البيع لازم الا اذا لم يجيىء المشتري بالثمن حتى مضت ثلاثة أيام .

الثالث : أن خيارالتأخيرانما شرع لدفع ضرر البائع ، وحيثما اندفع ضرره بخيار آخر فلا يكون له خيار التأخير لدورانه مدار علته فهو منتف فيما كان البيع خيارياً ، وسيأتي الجواب عن هذين الوجهين عند ابطال أدلة القول بالتفصيل ، فانتظر .

الرابع : ان خيارالتأخير ينافي لثبوت خيار آخر، فلابد من تحققه عدم ذلك الخيار لان ثبوت خيار آخر اذا كان مانعاً ومنافياً لثبوت خيار التأخير ، فلابد أن يكون عدمه شرطاً ،كما هو الحال في كل مانع .

وأما وجه المنافاة ، فيقرر بوجهين ، ولكن كلاهما مبتنيان على ماذكره العلامة «قده» في « التذكرة » في أحكام الخيار من أنه لايجب على البائع تسليم المبيع ولاعلى المشتري تسليم الثمن في زمان الخيار . فالخيار على هذا الحكم يلازم لجواز التأخير وعدم وجوب التقابض ، فاذا كان الخيار حكمه جواز تأخير الثمن والمثمن وعدم وجوب تقابضهما ، فيقال في تقرير الوجهين :

أما الاول : أن شرط الخيار في قوة اشتراط التأخير فاذا كان للمشتري خيار في البيع فيجوز له تأخير الثمن فينفي خيار البائع بهذا الخيار . وان شئت فقل: ان حاصل هذا الوجه ان اشتراط الخيارلهما أولاحدهما بمنزلة اسقاط خيارالتأخير فحيث كان الخيار لهما أو لاحدهما منافياً لهذا الخيار فشرط الخيار الاخر بمنزلة شرط سقوط ماينافيه . فخيار التأخيرثابت حيث لم يشترط خيارلهما أولاحدهما.

أما الثاني : أن نفس الخيار سواء كان حاصلا بسبب الشرط أو بحسب أصل الشرع بمنزلة تأخير العوضين أو تأجيلهما الى انقضاء زمان الخيار ، فانه اذاكان الخيار حكمه عدم وجوب التقابض فحيثما يتحقق أحد من الخيارات الاخر في البيع فيجوز تأجيل العوضين وتأخيرهما فينافي خيار التأخير ، لان ذي الخيار له حق التأخير ، فخيار التأخير انما شرع فيما لم يكن التأخير حق لظهور الاخبار وانصرافها الى ما كان تأخير الثمن من غير حق ، واما اذا كان مع حق فلا يتحقق معه خيار التأخير . والحاصل أن أخبار الباب ظاهرة في كون هذا الخيار فيما كان تأخير الثمن من غير حق فثبوت خيار آخر لهما أو لاحدهما لازمه جواز التأخير وكونه عن حق فيتنافيان . ويرد على هذا الوجه بكلا تقريريه :

أولا : بمنع المبنى ، أعني ما ذكره العلامة «قده» من عدم وجوب تسليم البائع الثمن والمشتري المثمن في زمن الخيار ، فانه كما سيأتي في أحكام الخيار غير مسلّم لمنافاته لقاعدة السلطنة وأنه مبني على كون الخيار حقاً ثابتاً

في العين لافي العقد، وقد عرفت مراراً وسيأتي أيضاً أن الحق المحقق أن الخيار حق ثابت في العقد ، فلا يحدث في العين حق بسبب الخيار لذي الخيار ، الا أنه اذا فسخ العقد ترجع العين الى ملكه ،فقبل الفسخ لاوجه لعدم وجوب التسليم.

وثانياً : أن الدليل ليس بواف بتمام المدعى ، اذ بعد تسليم الحكم وقبول المنافاة فانما نسلّم المنافاة اذا كان الخيار لخصوص المشتري أو لهما معاً ،لانه حينئذ يكون للمشتري حق التأخير ، فلا يجتمع مع خيار التأخير لمكان المنافاة، وأما اذا كان الخيار الاخر للبائع فقط دون المشتري فلا وجه لتأخير المشتري الثمن حينئذ فيكون خيار التأخير ثابتاً للبائع أيضاً لعدم كون التأخير حقاًللمشتري فلازم هذا الوجه هو التفصيل في ثبوت هذا الخيار ، بين كون الخيار الاخر ثابتاً للمشتري وبين كونه ثابتاً للبائع، فلا يكون خيار التأخير على الاول للمنافاة، وأما اذا كان الخيار الاخر للبائع فلا دلالة لهذا الوجه ،لعدم خيار التأخير ،كما هو واضح .

هذا كله تضعيف للادلة مضافاً الى ضعف أصل المدعى ، فانه يرد على هذا القول عدم ثبوت خيار التأخير في بيع الحيوان لمكان خيار الحيوان في الثلاثة مع أن ثبوته فيه اتفاقي . وكذلك يرد أن لا يكون هذا الخيار فيما ثبت فيه خيار المجلس مع أن أغلب البيوع فيه خيار المجلس وارادة هذا الخيار فيما لم يثبت فيه خيار المجلس ،كمااذا شرط سقوطه يستلزم تنزيل الخطاب على الفرد النادر .

فان قلت : انما نقول بخيار التأخير فيما لم يكن خيار في الثلاثةالتي نطقت به الاخبار وما بعدها ، وهذا لاينافي للالزام بخيار المجلس ما لم يحصل التفرق لارادة الثلاثة بعد المجلس .

قلت : هذه مندوحة ، فيرد حينئذ على هذا القول أنه ينبغي لقائله أن يقول :

أن مبدأ ثلاثة أيام من حين التفرق ، ولا أظن أنه يلتزم به مع ظهور أخبار الباب أن مبدأ الثلاثة من حين العقد ، كقوله عليه السلام : (من اشترى بيعاً فمضت ثلاثة أيام ولم يجيء فلا بيع له) أي ثلاثة أيام بعد الشراء، وكذا قوله : ان جاء ما بينه وبين ثلاثة أيام وغير ذلك مما هو كالنص في ارادة ثلاثة أيام من حين المعاملة.

وكيف كان فظهر لك ـ مما شرحنا ـ وجه التفكيك في الكتاب بين خيار المجلس وخيار الحيوان مع تساويهما في النقض على هذا القول بأنه يلزم أن لا يكون خيار التأخير عند خيار المجلس مالم يفترقا في ثلاثة أيام وعند خيار الحيوان في بيع الحيوان فان التعبير عن الاول بقوله: ينبغي على هذا القول كون مبدأ الثلاثة من حين التفرق وعن الثاني بكون هذا الخيار مختصاً بغير الحيوان يدل على ثبوت المندوحة عن الاول بارادة مبدأها من حين التفرق جمعاً بين دليلي خيار المجلس وخيار التأخير .

وثالثها ـ أي ثالث الاقوال في المسألة ـ : هو التفصيل بين عدم الخيار للبائع دون المشتري فاشترط خلو الثلاثة عن خيار البائع ، كما يستفاد ذلك من شيخ الفقهاء في «الجواهر» وبعض معاصريه فاذا كان للبائع خيار آخر من جهة أخرى يسقط هذا الخيار ، لوجوه أيضاً : الاول : الاصل . الثاني : انصراف الاخبار الى سبق اللزوم في الثلاثة . الثالث : أن خيار التأخير انما شرّع لدفع ضرر البائع ، أي ضرر تأخير الثمن وضرر ضمان المبيع وضرر وجوب حفظه، وقد اندفع الضرر في الثلاثة بغير ذلك الخيار من الخيار الاخر . ويندفع الاول باطلاق الاخبار فهو حاكم عليه والثاني بمنع الانصراف ، والثالث أن الضرر في الثلاثة بعد ثلاثة أيام لايندفع بثبوت الخيار للبائع في الثلاثة ، وان شئت فقل ان ضرر الصبر بعد انقضاء ثلاثة أيام لايندفع بالخيار فيها مضافاً الى أن مدرك هذا الخيار ليس هو قاعدة الضرار ، فلا يدور مدارها.

ثم قال قائل هذا التفصيل بعد الاستدلال به على دلالة الاخبار على اللزوم في الثلاثة وعدم الخيار للبائع فيها ماهذا لفظه: وليس المراد به نفي الخيار المخصوص لان الثابت بالتأخير أصل الخيار والحكم لايقيّد بالسبب، الخ. كأنه سؤال وجواب، بأن أورد على نفسه فأجاب .

وحاصل الايراد : أن المنفي بتلك الاخبار هو الخيار المقيد ـ أي الخيار من جهة تأخير الثمن ـ وهذا لاينافي ثبوت الخيار في ثلاثة أيام من جهة أخرى. وبعبارة أخرى : الاخبار انما دلت على اللزوم في الثلاثة من هذه الجهة ـ أي من جهة تأخير الثمن ـ وهذا لاينافي عدم لزومه من جهات أخر .

وحاصل الجواب: أن التأخير انما هو سبب للخيار المطلق أي أصل الخيار وطبيعته من غير تقييده بالتأخير ، ضرورة أن الاحكام لاتتقيد بأسبابها للزوم الدور بمعنى أن التأخير ليس سبباً للخيار المسبب بالتأخير كما أن الدلوك مثلا سبب لاصل وجوب الظهر وطبيعته لالوجوبه المقيد أي المسبب من الدلوك وغير ذلك من سائر الاحكام المثبتة أو المنفية، فانها لايتعقل تقييدها اثباتاً ونفياً على السبب فحيث كان المسبب من التأخير هو مطلق الخيار بعد الثلاثة كذلك نفي الخيار في الثلاثة هو مطلق الخيار لاالخيار من جهة التأخير .

بعبارة أخرى : أنه بسبب تأخير الثمن عن الثلاثة يحصل أمران : اللزوم فيها والخيار بعدها ، فاذا كان الخيار بعد الثلاثة أصله من غير تقييده من جهة التأخير، كذلك اللزوم أيضاً يجب أن يكون المراد منه أصل اللزوم من غير تقييده من جهة التأخير .

ثم أجاب عن ذلك شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب : ان ما ذكره من عدم تقييد الحكم بالسبب وان كان حقاً الا أنه لاينفع في المقام ، لان الخيار بعد الثلاثة واللزوم فيها ليس كلاهما مسببين عن التأخير بل انما هو سبب للخيار

فقط ، فثبوته بعد الثلاثة من غير تقييده بالتأخير لايمنع من نفيه في الثلاثة من جهة التأخير فلايقتضي الا اللزوم فيها حينئذ من هذه الجهة بمعنى أنه يقتضي اللزوم ونفي الخيار في الثلاثة من جهة التأخير لعدم تحقق سببه ـ أعني التأخير ـ وهذا لاينافي للخيار فيها من جهة سبب آخر من سائر أسباب الخيار كالمجلس وشرط الخيار والعيب والغبن وغير ذلك كما يشهد بذلك ثبوت خيار المجلس والحيوان مع ذلك على ما صرّح به المفصل في «الجواهر» بثبوت الخيار مع الاول بقوله : ولابأس به ، لعدم استثناء خيار المجلس . وادعى شيخنا العلامة «قده» في الكتاب ـ في جواب القائل باشتراط المطلق ـ : اتفاقهم على ثبوته في بيع خيار الحيوان في الثلاثة أيضاً .

وبالجملة حاصل ما أجابه «قده» ان ما ذكر من عدم تقييد الحكم بالسبب لايمنع من كون اللزوم اضافياً ـ أي من جهة تأخير الثمن ـ لامكان وجود أسباب خيار آخر في الثلاثة .

ثم علل ذلك بقوله : أقول : ويمكن المناقشة في هذا التعليل أن ثبوت خيار المجلس انما هو من جهة التخصيص، فلايشهد حينئذ لمطالبة الثمرة لو كان من باب التخصص ليتم كلامه من عدم المنافاة ، فتأمل . ولذا لا ينافي هذا الخيار خيار المجلس .

هذا وقد أورد شيخنا العلامة الاستاذ «دام ظله» على هذا الجواب : بأن الخيار يمكن أن يكون اضافياً بتعدد أسبابه بخلاف اللزوم لعدم تعقّل كونه اضافياً .

ولعل وجهه : أن الخيار عبارة عن السلطنة على ازالة العقد، فتكون له أسباب متعددة في الشرع بأن يكون الخيار من جهة العيب أو الغبن أو غير ذلك من سائر الجهات بخلاف اللزوم الذي هو عبارة عن عدم جواز ازالة العقد أو وجوب

الوفاء به فانه اذا تحقق، لامعنى لكونه اضافياً بل هو حاصل على الاطلاق لايجتمع مع خيار آخر كما أنه لايجتمع مع اللزوم الاخر فلا يتعدد اللزوم في عقد واحد فلو كانت اضافيته متعقلة لكان اللازم جواز تعدده وجواز اجتماعه مع خيار آخر بخلاف الخيار فانه يمكن تعدده بتعدداسبابه فيجتمع الخيار من جهة العيب مع الخيار من جهة الحيوان أو من جهة المجلس وهكذا ، فافهم .

ثم أجاب «دام ظله» بعد تسليم كون اللزوم اضافياً مع قطع النظر عن الايراد الذي أورده على العلامة الانصاري «قده» عن المفصل في دعواه بأن المراد من الاخبار ليس اللزوم المخصوص لان الثابت منها أصل الخيار فكذلك يجب أن يكون الثابت أصل اللزوم أي اللزوم على الاطلاق من دون تقييده بجهة دون جهة بما حاصله: أن هذا حسن لو كان للاخبار في دلالتها على اللزوم في الثلاثة اطلاق، ولكن اطلاقها ممنوع ، بل الظاهر منها هو اللزوم الاضافي أي من جهة تأخير الثمن لامن جميع الجهات، ولو أغمضنا عن انصرافها وظهورها في اللزوم الاضافي فلا أقل من الشك في الاطلاق والتقييد ، مضافاً الى تطرق احتمال الاهمال ، فيجب أن يؤخذ حينئذ بالقدر المتيقن ، ولاشك أن القدر المتيقن هو التقييد ، أعني كون اللزوم اضافياً بعد القول باطلاق الاخبار في ثبوت خيار التأخير ، فانه وان كان مقيداً بلزوم الثلاثة الا أن المقيد اذا دار أمره بين الاقل والاكثر فيؤخذ بالاقل ، والا يسري اجماله الى المطلق وان كان في كلام واحد . نعم لو كان اجمال المقيد من جهة دورانه بين المتباينين يسري اجماله الى المطلق اذا لم يكن منفصلا عنه .

فاتضح مما ذكرنا أن الحق هو القول الاول لمكان اطلاق الاخبار الحاكم على الاصل ، فان ملاحظة السؤال والجواب في تلك الاخبار وترك الاستفصال يوجب سقوط دعوى الاهمال، فحيث ليس للاصل مجرى لاوجه للقول الثاني ،

أعني اشتراط عدم خيار آخر مطلقاً ، لان الوجوه المذكورة غير الاصل مع عدم صحتها في نفسها ليست بوافية بتمام المدعى ، لان ما عدا الاخير لو تم انما يدل على عدم الخيار من طرف خصوص البائع، فلا ربط له على اشتراط عدم الخيار للمشتري أصلا وأما الاخير ، أعني كون الخيار في قوة الاشتراط فلو تم انما يدل على اشتراط عدم الخيار للمشتري فقط . وكيف كان ان ما عدا الاصل مقتضاه أخص من المدعى .

منها: تعددالعاقد نسب في «الجواهر» اشتراطه الى بعض الأساطين، وشارح «اللمعة» الى بعض المحققين ، ووافقه صاحب «الجواهر» وبعض معاصريه في «شرح اللمعة» ، وخالفه الشارح ـ الفاضل الجواد وشيخنا العلامة الانصاري «قده»، واستدل على الاشتراط بوجوه :

أحدها : اختصاص الاخبار بصورة التعدد ، فالاصل يقتضي اللزوم اذا اتحد العاقد بعد ظهور الاخبار في الاختصاص بصورة التعدد .

ثانيها: أن هذا الخيار انما يثبت بعد خيار المجلس وانقضائه، فهو باق مع اتحاد العاقد الا في فرض نادر لاتناط به الاحكام .

وثالثها: أنه اذا قلنا باشتراط هذا الخيار بعدم خيار آخر يكون وجوده مانعاً عنه لامحالة، فاذا اتحد العاقد يحصل لهذا الخيار مانع دائماً لبقاء خيار المجلس الا مع الاسقاط ، فلا يتحقق مع وجود المانع .

ويرد على الاول بماذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده»: بأن مورد الاخبار وان قلنا باختصاصه بصورة التعدد الا أن التعدد ليس مناطاً للحكم بالخيار حتى يدور مداره ، بل المناط هو عدم الاقباض والقبض ، ولااشكال في حصوله من المالكين مع وحدة العاقد من قبلهما أيضاً ، ولكن أورد عليه شيخنا الاستاذ «دام ظله» بأن دعوى المناط القطعي ممنوعة ، والظني منه غير مفيد .

ويرد على الثاني : بأن خيار المجلس غير ثابت للوكيل في مجرد اجراء الصيغة كما مضى في محله ، فليس العبرة بحال العاقد ، بل العبرة بحال الموكل وهو متعدد لامحالة .

ومن ذلك يعلم ما في الثالث من عدم ثبوته للعاقد حتى يكون مانعاً ، نعم يثبت خيار المجلس حينئذ للمالكين وكونه مانعاً مبني على المسألة السابقة ، وقد عرفت تفصيلا مانعية الخيار الاخر لعدم تحقق الاشتراط .

فاتضح لك أنه ان قلنا بأن المناط هو عدم الاقباض والقبض ، فالخيار ثابت في وحدة العاقد أيضاً ، والا لكان الراجح في النظر هو اشتراط التعدد لاختصاص صورة التعدد .

فان قلت : اذا كان لم يكن لمجرد الوكيل في العقد عبرة في حصول خيار المجلس كما سمعت ، فلابد من أن تكون العبرة بحال المالكين والمفروض أنهما متعددان لامحالة ، فلا معنى حينئذ لاعتبار تعدد العاقد لان المستفاد من النصوص هو التعدد، وهو حاصل في المالكين وان كان وكيلهما في اجراء الصيغة شخصاً واحداً .

قلت : المستفاد من النصوص هو تغاير المتعاقدين أيضاً ، فلابد من تعدد البائع والمشترى في هذا الخيار، فلا يكفي وحدتهما . هكذا أفاد «دام ظله» في مجلس البحث ، فافهم .

ومنها : اشتراط هذا الخيار بعد الثلاثة ،بأن لايكون المبيع حيواناً أوخصوص الجارية ، والا يكون هذا الخيار بعد أشهر ـ عند الصدوق «قده» ـ خلافاً لمن عداه فهو محجوج بالاجماع ، وأما مستنده فهو رواية ابن يقطين فيمن اشترى جارية فقال : (أجيئك بالثمن ، ان جاء فيما بينه وبين شهر ، والا فلا بيع له) فهي مخالفة لعمل الاصحاب ، فلابد من طرحها ان لم تحتمل أحد الوجوه التي حملوها عليها

من حملها على خيار الشرط أو على الندب أو على بيان منتهى الصبر ، مضافاً الى انتفاء شرط خيار التأخير وهو عدم اقباض المبيع ، حيث أن الظاهر أن المشتري أخذ الجارية فقال: أجيئك بالثمن ، للغلبة على محافظة الفروج وعدم اطمئنانه على مملوكته عند غيره .

مسألة : هل المبدأ في ثلاثة أيام التي نطقت الاخبار باللزوم فيها ، حين التفرق أوحين العقد ؟ وجهان مبنيان على ظهور النص في أحد منهما ، فكل يدعي ظهوره فيما ادعاه ، فنسب الى ظاهر الشيخين والسيدين والقاضي والديلمي و«المختلف» و«السرائر» أن مبدأها حين التفرق ، لوجهين :

أحدهما : أن المتبادر من قوله ﷺ : (ان جاء فيما بينه وبين ثلاثة أيام) مجيئه من وقت المفارقة ، اذ لايعقل المجيىء حال الاجتماع ، الا اذا أريد به مجرد دفع الثمن ، وهو خلاف الظاهر .

وثانيهما : ان النص والفتوى ظاهر في لزوم البيع في تمام ثلاثة أيام ، فلو كانت من حين العقد لاشتملت على خيار المجلس ، فيبقى اللزوم في بعض تلك الثلاثة بل في جميعها اذا امتد المجلس الى ثلاثة أيام . وأورد عليه :

أولا : بعد ندرة طول المجلس الى ثلاثة أيام ان ارادة اللزوم في الثلاثة غير قادح ، لعدم قدح زمان خيار المجلس لقلته غالباً فيتسامح فيه ولاضير في نسبة اللزوم الى الثلاثة .

فيه : ان التحديدات الشرعية بأسرها مبنية على التحقيق والتدقيق فلا وجه لتطرق احتمال التسامح فيها، كما هو معلوم من ملاحظة مواردها كالكر والمقادير والا زمنة .

وثانياً : بأن المراد من اللزوم من حيث التأخير لا من كل وجه ، وأما القول بكون مبدأه حين العقد فهو قول الاكثر ظاهراً وان كان أكثرهم ليسوا بمصرحين

بذلك ، الاأنهم تركوه لوضوحه، بأن المراد حين العقد ، فقد قواه شيخنا العلامة الانصارى « قده » في الكتاب، لان الخبر المذكور وأمثاله كناية عن عدم التقابض ثلاثة أيام وأن الظاهر من قوله عليه السلام: (الاجل بينهما ثلاثة أيام) حين العقد، حيث لاتقييد فيه على التفرق ونسب الاجل في الثلاثة اليهما يتعين أنيكون أولها حين العقد. ولكن قد يقوى في النظر على ما أفاده « دام ظله » في مجلس البحث القول الاول بتقريب أن ضمير بينه راجع الى المشترى ، ولا معنى لكونه مبدأ الثلاثة ، بل لابد أن يكون المبدأ حينئذ ما كان له جهة اختصاص بالمشترى وهو ليس الا حين التفرق ، لانه مختص بالمشتري وافترق عن البائع لمجيىء الثمن وأما زمان العقد فهو مشترك بينهما لا اختصاص له بالمشتري ، فلاوجه لارجاع الضمير الى المشتري باعتبار زمان العقد، كما هو واضح .

[مسألة : في مسقطات هذا الخيار]

وهي أمور : بعضها وفاقية وبعضها خلافية، ومقتضى الترتيب وان كان تأخير هذه المسألة عن سائر مسائل الباب وتقديم مسألة كونه فورية أو تراخية على ذلك وانا قدمنا ذلك محافظة على ترتيب الكتاب .

كيف كان، أما الوفاقية من المسقطات: فهو اسقاطه بعد الثلاثة لانه زمان الحق، والمفروض جواز اسقاطه ـ كما هو شأن الحقوق ـ فهو القدر المتيقن من الاسقاط .

وأما الخلافية فأمور :

منها : الاسقاط في الثلاثة ، فيه وجهان ، وقد نسب في « الجواهر » الى بعض الاساطين بعدم السقوط لعدم ثبوت الحق فيه فيكون اسقاطه فيها اسقاط ما لم يجب ، اذ السبب لهذا الخيار هو التأخير عن الثلاثة والمفروض أنه لم يحصل بعد ، ويدل عليه فحوى ماصرح في « التذكرة » وأولويته وهو عدم جواز

اسقاط خيار الشرط قبل التفرق عن المجلس ان قلنا بكون مبدأه حين التفرق لا حين العقد .

وجه الاولوية واضح لان سبب خيار الشرط قد حصل هناك بسبب اشتراط الخيار في ضمن العقد ، غاية الامر لا نقول به قبل التفرق للزوم اللغوية وانتفاء فائدة خيار الشرط في زمان الاجتماع مع ثبوت خيار المجلس ، بخلافه هنا فان سبب هذا الخيار انما يحصل بعد الثلاثة على تقدير تأخير الثمن عنها ، فاذا قلنا بعدم جواز الاسقاط هناك نقول بعدم جوازه هنا بطريق أولى ، لانه أوضح أفراد اسقاط ما لم يجب حيث أن الحق لم يحصل هنا لا بحسب الوجود ولا بحسب السبب.

وأما وجه السقوط هو أن العقد سبب للخيار ومقتضى له غاية الامر أنه مشروط بتأخير الثمن عن الثلاثة فيكفي في الاسقاط تحقق وجود مقتضيه . وان أبيت عن ذلك نقول بما مر مراراً في المسائل السابقة أن للبائع حقاً فعلياً وهو كونه بحيث يحصل له الخيار ويسلط على الفسخ والاسقاط المعبر عنه بأنه ملك أن يملك فهو نحو من الحق وان لم تكن له فعلية الخيار الا أنه في قوة أن يملكه وهذا يوجب لتصحيح الاسقاط وان شئت أوضح من ذلك البيان فراجع .

ومنها : اشتراط سقوطه في متن العقد ، المشهور المعروف جوازه ، لعموم أدلة الشروط، وهذا حسن بناءاً على جواز اسقاطه في الثلاثة، وأما على القول بعدم جوازه لانه غير مشروع بناءاً على أنه اسقاط ما لم يجب فيشكل ، اذ أدلة الشروط ليست مشرعة لما يشترط بل لابد كونه مشروعاً وجائزاً في نفسه حتى يفيد الشرط وأما اذا لم يكن مشروعاً فيبطل الشرط حينئذ ، لكونه مخالفاً للكتاب والسنة حينئذ فلامسرح لجريان أدلة الشروط لتقييدها بما لم يكن مخالفاً للكتاب والسنة نعم لو قلنا بقيام الاجماع على صحة هذا الاشتراط يستكشف منه مشروعية الاسقاط

قبل الثلاثة .

ومنها : بذل المشتري للثمن بعد الثلاثة . ففي اسقاطه لخيار البائع وجهان بل قولان ، ذهب العلامة « قده » الى السقوط ، ووافقه الشارح الجواد في شرح اللمعة وشيخنا العلامة الانصاري « قده » في الكتاب ، والمشهور عدمه ووافقهم شيخ الفقهاء في « الجواهر » وبعض معاصريه في (شرح اللمعة) عملا بالاستصحاب واطلاق الاخبار وعدم كون الضرر علة حتى يدور مداره .

وجه الاول أن العلة في الخيار هو الضرر الفعلي ، فينصرف اطلاق الاخبار الى صورة الضرر الفعلي وعدم حضور المشتري ، فانه علة للخيار فيدور مداره ، وحينئذ فبمجرد البذل كانت منتفية هـذه العلة لعدم الضرر حينئذ . وأما الضرر السابق على البـذل فلاحكم له الان ، لان الخيار حـال بذل الثمن ، والفسخ لا يدفع الضرر السابق ولا يتدارك به ذلك الا نادراً فالمفروض عدم التدارك بالبذل فيكون باقياً بعد الخيار لعدم وجود ما يتداركه لاحقاً .

فالوجه في عدم استصحاب الخيـار عدمه لان الحكم دائر مدار العلة فقبـل البذل كان الحكم لوجود علته وبعد البذل مرتفع يرفع علته نعم لو تشبث بالفسخ في زمانه لجاز له، الا انه لما لم يفسخ ثم حضر المشترى للبذل فلاوجه للتشبث بالخيار لانتفاء علته . فمنشأ القولين على ما ذكروا أن الضرر هل هو علة أو حكمة، فصار نزاعهم في هذا المبنى ، فمن قال بالسقوط يدعي العلية ، ومن قال بعـدمه يدعي الحكمة .

فيرد حينئذ عليهم بأن المقام ليس محلا لهذا النزاع ولامسرح له لان مورده انما هو في منصوص العلة ، أي فيما صرح به في دليل المسألة من الخبر والسنة وأما اذا لم يكن له صراحة ولا اشعار ، فلاوجه له كما في المقام ، اذ أخبار الباب بتمامها ساكتة عن هذه العلة وليس فيها أثر من ذلك ، بل انما المقام ينبغي ابتنائه

على قاعدة اخرى وهى ما اذا كان الخبر على طبق القاعدة ، فهل ينزل ذلك الخبر على مؤداها أم يؤخذ باطلاقه كالاجماع الذي قام على دفن القاعدة ، فيوهن ذلك الاجماع لتنزيله على مؤدى القاعدة وكذلك في الباب لما وردت أخبار متعددة على ثبوت خيار التأخير على طبق قاعدة (لاضرر ولاضرار) فان قلنا بتنزيلها الى تلك القاعدة فلا خيار هنا ببذل المشتري ، وان قلنا بعدمها فيؤخذ باطلاقها فلا يسقط هذا فيمكن حينئذ دعوى الوهن في اطلاق تلك الاخبار لمكان احتمال تنزيلها على طبق القاعدة وان لم نقل به ولكنه لا أقل من الاحتمال فيؤخذ بمقدار المدلول فلايبعد حينئذ دعوى انصرافها ، فعند الشك يرجع الى الاصل ، فالمرجع في مورد عدم الضرر هو الاصل . أما أصالة اللزوم أو استصحاب الخيار الثابت قبل البذل والاقوى الاول ، لان الثانى شك في المقتضى .

ومنها : أخذ البائع الثمن ، قال شيخنا العلامة : أخذ الثمن من المشتري بناءاً على عدم سقوطه بالبذل والا لم يمنح الى الاخذ به .

فيه : ان الكلام في مجرد الاخذ هل يدل على الالتزام الفعلي بالبيع والرضا به أم لا ؟ وهذا غير مبني على عدم سقوطه بالبذل بل وان قلنا في المسألة السابقة ان البذل يسقط هذا الخيار يقع النزاع في الاخذ أيضاً هل هو مسقط أم لا ؟ فتظهر الثمرة فيما لم يكن بذل من المشتري فأخذ البائع الثمن من دون بذل المشتري ، فان قلنا بأن الاخذ من البائع يكشف عن رضائه بالبيع فيسقط هذا الخيار ، وان قلنا بأن أخذه من دون بذل المشتري كان غير مشروع لسلطنة المشتري على عدم البذل حتى يأخذ المبيع لما هو المقرر ان لكل منهما حق المنع حتى يسلم الاخر أو لخصوص المشتري حق تحبيس الثمن حتى يسلم البائع المبيع .

فيقع الكلام في أن البائع مع تسليمه المبيع وعدم بذل المشتري الثمن اياه

لو أخذههل يصير ذلك مسقطاًأملا ؟ ثم ان هذه المسألة من متفردات شيخنا العلامة حيث لانجد متعرضاً بذلك ، وحاصل ماذكره ان السقوط بـه انما هو لانه التزام فعلي بالبيع ويرضى بلزومه بمعنى أن الاخذ يكشف عن الالتزام وكونه على وجه العلم أو الاعم منه ومن الظني أوليس شيء منهما بمعتبر ، بل يكفي من باب الظن النوعي . بمعنى أن الاخذ دال على الرضا تعبداً كما قلنا في أن التصرف في خيار الحيوان والشرط مسقط من جهة كونه رضى نوعياً بالعقد، وجوه مذكورة في مسائلنا السابقة وقدبسطناها في مسقطات خيار الحيوان، لكن الاقوى بمقتضى الاخبار هو الاخير حسب ما أفاده في الكتاب .

فيتوجه حينئذ عليه أنه بناءاً على كون الاخذ اسقاطاً من باب دلالته على الالتزام علماً أوظناً أوتعبداً، لايكون قسماً آخر في مقابل ما ذكره في أول الامر أعني اسقاطه بعد الثلاثة بل داخل فيه ، اذالاسقاط أعم من أن يكون بالقول أوالفعل ، ولـذا لوفرض كون المأخـذ مستحقاً للغير أوفرداً من الكلي الذي يعتبر في كونه ثمناً قصد المشتري وتعيينه أوعين الثمن ولكن المشتري ليس في مقام البذل لحق أو من غير حق، فان أخذ البائع له في كل هذه الصور على وجه الثمنية اسقاط لخياره ، وان كان أخذه في بعض تلك الصور باطلا ، فهذا نظير البيع بقصد فسخ المعاملة السابقة فانه يوجب انفساخها وان بان باطلا .

ومما يشهد بأن الاخذ هنا لايجب أن يكون بحق قوله (فلواحتمل كون الاخذ بعنوان العارية أوغيرها) ، فان احتمال العارية لايجيء اذاكان الثمن المأخوذ عيناً شخصية ، بل لابد من فرضه كلياً ، وحينئذ يتصور أخذ البائع علـى وجهين تارة مع بذل المشتري و اذنـه وتعيينه ، وأخرى بدون ذلك بأن أخذ البائع فرداً من الكلي بعنوان الثمنية فيصير ذلك أيضاً مسقطاً لكونه التزاماً بالبيع على مـا في الكتاب .

ثم اعلم انفي كون الاخذ التزاماًبالبيع رضاً به فيسقط خياره. فيه مالايخفى، لان الاخذ من البائـع يتصور على وجهين تارة يأخذ الثمن ج يـاً على المعاملة السابقة من دون التفاته برضائه له واسقاطه حقه، فلايسقط حينئذ، لانه ليس التزاماً جديداً، والمعتبر في الاسقاط ماكان التزاماً جديداً وأخرى يأخذ الثمن من جهة أنه التزام جديد بالبيع السابق، فيسقط الخيارحينئذ بذلك، فعدالاخذمن المسقطات بقول مطلق فيه مالايخفى .

ومنها : مطالبة الثمن، ففيسقوط هذا الخياربها وجهان بل قولان : المشهور المعروف هوعدم السقوط للاصل وعدم دليل صالح يدل على الاسقاط بها عدا ما يستدل على القول بالسقوط المنسوب الى ظاهر المشايخ و الديلمى والحلي وهوأن مطالبةالثمن التزام بالبيع و كل ماهو كذلك فهومسقط وأورده في «الجواهر» وغيره ممن تعرض لهذه المسألة بأعميتها من الدلالة على الالزام والرضا بلزوم العقد .

ولكن شيخنا العلامـة الانصاري « قده » ـ بعد تسليم دلالتهـا على الرضـا والالتزام بالعقدالسابق ـ أورد عليهبأنه لايكفيذلك في الاسقاط فيخصوص المقام وحاصله فرق بين كون السبب للخيارالعقد سواء كان من جهة كونه ضرريأكعقد الغبن أومن جهة الاشتراط أومن جهةكونه بيع حيوان وغير ذلك وبين كونه شيئاً آخر مفارقاً عن العقد ومتأخراً عنه كالضرر المستقبل الناشيء عن تأخير الثمـن في المقام فالالتزام بالعقد انما هو مسقط في الاول دون الثاني لان الرضا بالعقد ليس رضاءاً بهذا الضرر .

فيه : أن الاولى في الجواب ماذكره المشائخ من منع دلالة مطالبة الثمن بالالتزام فانه مع قبول دلالتها به لامسرح لعدم السقوط بالالتزام، لانالالتزام بالعقد التزام بجميع لوازمه و توابعه و من جملتها صورة تأخير الثمن ولزوم التضرر

بحبس الثمن أو تلفه وغير ذلك، فالتحقيق حينئذ أن يقال أنه ان علم من القرائن الخارجية أو الداخلية ان مطالبة الثمن التزام جديد بالبيع السابق فيسقط الخيار حينئذ ، والا ـ كما هو الظاهر ـ فلا يسقط ووجه عدم دلالتها: ان مطالبة الثمن تقع على وجهين: تارة أنه يطلب الثمن جرياً على العقد السابق وهذا ليس التزاماً جديداً ، وأخرى من جهة أنها التزام جديد فالعام لايدل على الخاص .

مسألة :

في فورية هذا الخيار وتراخيه

قولان ، على ما في كتاب شيخنا العلامة « قده » بل أقوال ان قلنا بأن التردد قول ، والدليل على الفورية هو الاقتصار بالقدر المتيقن فيما خالف أصل اللزوم وعدم جريان الاستصحاب ، لان الشك فيه شك في المقتضى كما هو الحال في غير المقام من خيار الغبن وغيره .

ولكن الاقوى هو التراخي ، لاطلاق أدلة الباب أولا فانها ناطقة بثبوت الخيار مطلقاً ان لم يجيء بل الثمن في الثلاثة مضافاً الى خصوصية أخرى في المقام وهي أن ظاهر قوله لابيع له، نفي البيع رأساً وبطلانه فاذا تعذر هذا المعنى الحقيقي لقيام الاجماع على الصحة .

فأقرب المجازات أولى وهو جوازه مطلقاً اي عدم اللزوم دائماً . وان أبيت عن ذلك فيمنع الاطلاق اما لاهمال النص أو لانصراف الاخبار الى صورة التضرر فعلا كما ذكره في الكتاب في صورة بذل المشتري، فتكون الاخبار منطبقة على قاعدة الضرر فلا تشمل ما اذا كان الضرر باختياره بأن لم يفسخ فيما بعد الثلاثة فوراً ولعلهما هما الوجه في الامر بالتأمل في الكتاب .

فنقول ثانياً باجراء استصحاب الخيار في خصوص المقام وليس الشك هنا

في موضوع المستصحب حتى يقال أن الشك في المقتضى كسائر استصحاب الخيار والوجه في ذلك أن موضوع هذاالخيار انما ثبت بالنص وهو تأخير الثمن مع اجتماع الشرائط من الحلول وعدم حصول القبض والاقباض في العوضين ، فيستفاد ذلك من النص ولو قلنا باهماله ، لان ذلك مدلوله فحيث حصل ذلك فيحكم بعدم اللزوم في الزمان الاول قطعاً ويستصحب في ثاني الزمان ، بخلاف خيار الغبن وأمثاله ، فان موضوع خيار الغبن هو المتضرر العاجز عن دفع الضرر عن نفسه ، فاذا شككنا في ثاني الزمان فليس للاستصحاب مسرح لارتفاع العجز وحصول التمكن من رفع الضرر بسبب خياره في أول الزمان فلذلك يحكم في الغبن الفورية لارتفاع الضرر بالزمان الاول وحيث لم يفسخ في أول الزمان فكان ضرره في ثاني الزمان مستنداً الى نفسه لا الى الشارع ولاينافي ذلك ما ذكرنا مماشاة في انصراف الاخبار الى صورة التضرر الفعلي وانطباق النص على قاعدة لا ضرر ، اذ مفادها حينئذ انما يكون ان الحكم الضرري وهو اللزوم في أول الزمان مرتفع . وأما في ثاني الزمان ساكت وجوداً وعدماً ضرورة أن قاعدة لاضرر لاتثبت اللزوم اذا لم يكن فيه ضرر بل انما شغلها ارتفاع اللزوم الضرري في المقام فحينئذ ليس الضرر علة حتى يدور مداره الحكم .

مسألة

فى اتلاف المبيع بعد الثلاثة

لو أتلف المبيع بعد الثلاثة ، فلا يخلو اما أن يكون بعد القبض أو قبله،أما بعده فلا اشكال من المشتري، لانه ماله وتلفه ليس الاعلى مالكه، وأما قبل القبض: فلا اشكال أيضاً أنه من البائع لمكان الاجماع ولقاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهومن مال بائعه) المفتى بها فيمسائل الفقه ، ولامعارض لهاالا أمران ـ وكلاهما

مندفعان في المقام ـ ، أحدهما : قاعـدة الملازمة بين النماء والـدرك ، فيقتضي كون تلفه بعد الثلاثة من المشتري كما أن نمائه له . وثانيهما : قاعدة (أن التلف في زمان الخيار ممن لاخيار له) ومعلوم أن المشتري بعد الثلاثة لاخيار له .

ويندفـع الاول بالتخصيص ، فان قاعـدة (كل مبيع تلف) أخص منهـا ، لاختصاصها في المبيع، وكون التلف قبل القبض بخلافها، فانها ناطقة بالملازمة في كل مال سواء كان مبيعاً أم لا ، أو في قبضة مالكه أم لا .

والثاني بالتخصص ، لعدم عموم قاعدة (التلف ممن لاخيار لـه) لما حقق في محله أنه ليس لها دليل الا في خيار المجلس والشرط والحيوان ، وأنها أيضاً من جهة القبض وعدمه مهملة لاعموم لها فلو اجتمع خيار الشرط مع ذلك الخيار بعد الثلاثة ، نقول : ان دلالتها على نحو الاطلاق ودلالة قاعدة (كل مبيع تلف) على نحو العموم، ومعلوم أن العموم الوضعي مقدم على الاطلاق والعموم الحكمي، لانه أصرح منه كما هو المقرر عندهم . وأما لو تلف في الثلاثة :

أما بعد القبض: لااشكال أنه من المشتري أيضاً، كما أنه لاسبيل لخيار التأخير للبائع لعدم حصول شرطه .

وأما قبل القبض : فالمشهور أنه مـن البائع ، لمكان القاعـدة وللاجماعات المنقولة ولدلالة رواية عقبة بن خالد، خلافاً للمفيد والسيدين والمحكي عن سلار فمن المشتري ، بل مال اليه الشهيد في المحكي عن نكته ، بل فـي «الانتصار» و«الغنية» الاجماع عليه لانه ملكه ولاتقصير من البائع اذ لاطريق له الى الفسخ، وبذلك افترق عن التلف بعد الثلاثة حيث ذهبوا بأجمعهم الى أنه من البائع فيما قبل القبض ، ولكن الاجماع معارض ، مضافاً الى أنه موهون . وأما كونـه ملك المشتري ، فالضمان عليه ، لقاعـدة الملازمة ، و (أن مـن له الغنم فعليه الغرم) معارض بالقاعدة المجمع عليها ، أعني (كون التلف قبل القبض ، فهو من مـال البائع) .

ثم هنا عبارة للشيخ في «النهاية» ذكرها شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب ، وفي ذيلها نوع غموض واشكال ، فانه «قده» بعد أن بيّن هذا الخيار على حسب مضامين الاخبار ذكر : أن المتاع ان هلك في ثلاثة أيام قبل القبض فهو من مال بائعه وبعد القبض فمن المشتري .

ثم قال : فان هلك بعدها كان التلف من مال البائع على كل حال ، أي سواء قبض المشتري أم لا ، ولا اشكال في صراحة كلامه لهذا التعميم ، وانما الاشكال في أنه لو قبض المشتري بعد الثلاثة كيف يكون هلاكه من البائع مع أنه مال المشتري قطعاً ، فدركه عليه من دون ورود تخصيص لقاعدة الملازمة المذكورة بعد القبض اتفاقاً .

ثم انه «قده» علل ذلك الحكم ، أي كون التلف بعدها من البائع ، بقوله: لان الخيار له بعد الثلاثة ، فيشكل تارة في مناسبة العلة للحكم حيث ان التعليل لاوجه له للحكم بل مناف له ، وأخرى في نفس العلة لعدم كونها في نفسها صحيحة ، بل غلط وباطل .

وأما بطلان التعليل لان كون الخيار له ، أي للبائع بعد الثلاثة ، لايقتضي لكون تلفه على البائع ، بل مقتضى قاعدة (أن التلف في زمن الخيار على من لاخيار له ، عكس ذلك ، فان كون الخيار للبائع لو لم يقتض عدم تلفه من البائع لايقتضي تلفه منه قطعاً .

أما بطلان نفس العلة : فلان قوله : أن الخيار له بعد الثلاثة على اطلاقه في مفروض الكلام فاسد ، اذ من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض، مع أن الحكم المعلل عام فيما بعد القبض وما قبله بلا اشكال ، وكلام من غير أن يكون قابلا لصرفه عن التعميم حتى يقال أن الحكم خاص بقرينة ذيل كلامه ، كما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري «قده» ضرورة أنه الحكم ـ أعني قوله : كان

من مال البائع ـ على كل حال آب عن حمله على حالة قبل القبض كماهو واضح، ولذلك تنظّر فيه العلامة «قده» في«المختلف» بأن مع القبض يلزم البيع، حيث أن الحكم عام مع القبض وعدمه ، أورد عليه النظر بأنه كيف يقال بعموم الحكم مع أن في صورة قبض المتاع يلزم البيع فيجب أن يكون التلف من المشتري دون البائع .

والحاصل : أن هنا اشكالات ثلاثة ، أحدها : في تعميم الحكم ، حيث أن ظاهره مخالف للاجماع ، وثانيها : في التعليل ، لمنافاة الحكم مع العلة وعدم المناسبة بينهما ، وثالثها : في نفس قضية العلة ، لكونها في صورة القبض ، وقد تصدى شيخنا الاستاذ العلامة في دفع الاشكال الاول بحمل الضمان المستفاد من قوله : (كان التلف من مال البائع) على المعنى العام من الفعلي و التقديري، فيصح تعميم الحكم بملاحظة أمور :

أحدها : كون الضمان أعم من التنجيزي والتقديري كما أن الضمان يستعمل تارة في التنجيزي فقط كضمان التلف على المتلف وأخرى في التقديري فقط كضمان المغصوب وأمثاله اذا كان سبب الضمان مجرد اليد، فان مقتضى قاعدة اليد ضمان ما أخذت ضماناً تقديرياً ، بمعنى أنه لو تلف ما أخذت كان من بيده ضامناً منجزاً .

وثانيها: تقييد الحكم المذكور بصورة فسخ البائع في فرض حصول القبض وأما قبل القبض فلاحاجة الى الفسخ .

وثالثها : فرض القبض وتلفه بعد الفسخ بأن فسخ البائع ثم أقبض المتاع المشتري ليكون عنده أمانة ، فيكون تلفه حينئذ على البائع لا على المشتري . وأما لو قبض أولا ثم فسخ، يكون ضمانه على المشتري ، لمكان قبضه ، فلو تلف وان لم يكن التلف مسقطاً لخيار البائع الا أن مقتضى قاعدة اليد كون تلفه على

ذي اليد كما هو المقرر والقاعدة في الخيارات فبملاحظة تلك الامور يصح تعميم ما ذكره في « النهاية » من أن هلاكه بعد الثلاثة من البائع . أما قبل القبض فواضح ، وأما بعد القبض اذا فسخ البائع أولا ثم حصل القبض فحيث أن قبضه حينئذ من باب الامانة يكون تلفه من صاحبه أي البائع .

اذا عرفت ذلك فيصح التعليل ويندفع اشكال المنافاة ، لان الغرض اثبات الخيار للبائع ، ففائدته كون هلاكه منه بعد فسخه المقدم على القبض ، فلو لم يكن الخيار له بعد الثلاثة لمايكون له الفسخ ولايكون هلاكه من البائع ،الا فيما كان التلف قبل القبض .

وأما صحة نفس العلة ، فقد عرفت أيضاً أنه لااشكال فيه بناءاً على ما ذكرنا من أن الخيار للبائع مطلقاً سواء كان التلف قبل القبض أو بعده ، وسواء حصل القبض أم لا. ولكن لايخفى أنا فرضنا القبض بعد الثلاثة فيما بعد فسخ البائع توجيهاً لتعميم الحكم وهذا القبض لااشكال ولا كلام فيه أنه ليس مسقطاً للخيار بل خارج عن توهم الخلاف ، لان القبض بعد الفسخ ليس الا أنه من باب الامانة والوديعة، لانه لايبقي محلا للخيار .

وأما العلامة «قده» فقد فرضه قبل الفسخ فأورد عليه أنه مع القبض يلزم البيع، و كذلك شيخنا العلامة «قده» حيث قال : فان من المعلوم أن الخيار انما يكون له مع عدم القبض .

ففيه : أن القبض بعد الثلاثة ليس من شرائط هذا الخيار وليس من مسقطاته أيضاً ، نعم القبض الذي يلزم البيع به هو القبض في الثلاثة ، لان الشرط في هذا الخيار هو عدم القبض في الثلاثة ، وأما القبض بعد الثلاثة فليس عدمه شرطاً ولا وجوده مسقطاً الا من باب الالتزام والكشف عن الرضا ، وقد عرفت الحال فيه في مسألة أخذ الثمن ، فان القبض والاخذ مع قطع النظر عن القرائن الخارجية

ليسا من المسقطات ولم يكونا كاشفين عن الرضا .

هذا غاية توجيه لكلام الشيخ بناءاً على مذهب المشهور ، وأما بناءاً على مذهبه من أن النقل والانتقال لا يحصل في زمن الخيار بل ملك المتبايعين باق على ملكهما السابق في زمان الخيار سواء كان الخيار متصلا أو منفصلا ، فلا اشكال ولا غموض في عبارته أصلا لا في تعميم الحكم ولا في التعليل ولا في العلة ، فيكون المقصود في عبارته أن المبتاع لو هلك في الثلاثة فالمدار على القبض فان حصل القبض فمن المشتري لانه ملك له وان لم يحصل القبض فمن البائع لقاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال مالكه) وان كان الهلاك بعد الثلاثة فهو على كل حال من البائع ، سواء قبضه بعد الثلاثة أم لا ، لان المفروض الخيار له بعدها ، فيكون المبيع ملكاً له ، بناءاً على مذهبه ، فتلفه على مالكه وليس مالك المتاع بعد الثلاثة الا البائع ، كما هو واضح على مذهبه .

نعم هنا اشكال في مذهبه ، أنه « قده » كيف التزم بذلك في الخيار المنفصل للزوم عود الملك الى البائع من غير سبب بعد خروجه عنه لمكان العقد ، فحينئذ ايراد العلامة « قده » في محله ، بأن مع القبض يلزم البيع ، فليس للبائع الخيار حتى يكون الهلاك منه ، ولكن يندفع أن القبض بعد الثلاثة ليس بملزم العقد ، بل الخيار مشروط بشروط في الثلاثة وهو حاصل ، هذا كله في تلف المتاع .

أقول : وأما في تلف الثمن فهل هو مثله ، فاذا تلف قبل قبضه يكون من مال المشتري وينفسخ به العقد أم لا ؟ وجهان بل قولان ، والمحكي عن « الرياض » هو الاول ، بل استشعر بعضهم من كلامه الوفاق عليه ، فلعل وجهه صدق المبيع على الثمن أيضاً ، وصدق البائع واطلاقه على المشتري ، فتشمله قاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) ودلالة ذيل خبر (السرقة عليه) ، وهو رواية عقبة ابن خالد عنه عليه السلام (في رجل اشترى متاعاً من رجل وترك المتاع ولم يقبضه، وقال

آتيك غداً انشاءالله، فسرق المتاع ، من مال من يكون ؟ قال : من صاحب المتاع الذي هو في بيته حتى يقبض المال ويخرجه من بيته ، فاذا أخرجه من بيته فالمبتاع ضامن لحقه حتى يرد اليه حقه)، فقوله عليه‌السلام : فالمبتاع ضامن لحقه، باعتبار ارجاع الضمائر الى البائع يدل على ضمان المشتري الثمن حتى رده الى البائع وقبضه ولعل الاقوى الثاني ، للاصل ، وظاهر الاصحاب والنصوص على ماذكر بعضهم فيوهن الاجماع الذي استشعره في « الرياض » .

وأما دلالة ذيل رواية عقبة بن خالد ، فهو من المجملات، لان ارجاع الضمائر الى البائع خلاف الظاهر ، مع أنه لايلائم التعليق المذكور فيه ، لان الضمان على البائع ثابت لو قلنا به متى تلف سواء أخرج المتاع من بيته أولا . بل يمكن أن يقال : أن كلمة حتى بمعنى (كي) التعليلية ليكون المعنى أن بالقبض ينتقل ضمان المبيع الى المشتري ليرد الى البائع ماله وهو الثمن ، فان الرد حينئذ يصير واجباً على المشتري بخلاف ماقبل القبض ، لان حبسه بحق .

والتعليق يناسبه ولايلزم حينئذ خلاف الظاهر في ارجاع الضمائر ، لارجاعها حينئذ الى المبتاع وهو أقرب مضافاً الى أن دلالته بناءاً على المعنى الاول لايوجب كون التلف من ماله بحيث ينفسخ العقد ، بل يكون معناه أن يده حينئذ تكون يد ضمان حتى يدفعه اليه كما في الغصب وغيره، فان تلف فيستحق مالكه، وهو البائع مثله أو قيمته ، والفرق بين الامرين واضح .

وكيف كان هنا فروع :

الاول : قال الفاضل الشارح الجواد « قده » بما حاصله على ماهو المحكي: لو نقص من اليوم فهل يحتسب ذلك يوماً أولا يحتسب؟ أو يلفق؟ ثم قوى التلفيق.
وتوضيحه : أن المراد من ثلاثة أيام والمعتبر منها هو العنوان ، أي عنوان ثلاثة بياضات ، فلو نقص من اليوم أقل قليل لاتحصل البياضات ، أو المعتبر هو المقدار

فيلفق ، أوالعبرة بالعرف ، وصدقه فحينئذ لونقص من اليوم ، فان قلنا بأن المعتبر هو العنوان فلا يحتسب ذلك اليوم الناقص من الثلاثة ولو كان النقص قليلا لان التحديدات الشرعية مبنية على التدقيق كما هو الحال من أول الفقه الى آخره . الاذا خرج بالدليل ، وان قلنا بكفاية المقدار من ثلاثة أيام فيلفق ، و ان قلنا بأن العبرة على العرف فينتظر فانكان النقص قليلافيحتسب والافلا . وقدعرفت تفصيل ذلك في بحث خيارالحيوان ، فراجع .

والاقوى هو الاخذ بعنوان ثلاثة بياضات كما هوالمعنى المنساق من ثلاثة أيام وان المقدار أوالتنزيل الى العرف خلاف المنساق منالتحديدات الشرعية.

ومنها : قال الشيخ علي شارح اللمعة : هل يعد الشرطان كالشطرين أم لا؟ الاقوى الاحتساب . وليس عندنا عبارته حتى يتضح مراده ، ولكن تشريح الحال أنيقال تارة أن الشطران عبارتان عن الثمن والمثمن ، وقدقرر حالهما من اشتراط عدم القبض فيهما وعدم التأجيل ولوضم مع كل منهما شرط فيضمن العقد ، فهل حال الشرطين حالهما مناشتراط عدم القبض وعدمالتأجيل أملا ؟ فيه وجهانوالاقتصار علىالقدر المتيقن فيما خالف الأصل هوالاحتساب .

هذا أحد الاحتمالين من عبارته « قده » وقد يحتمل أن يكون المراد من الشرطان اشتراط كل الثمن و المثمن بعدم التأجيل و من الشطران نفس الثمن والمثمن ، وحيث قلنا قبض بعض الثمن أو المثمن كلا قبض أو أنه قبض حسب ما ذكرنا فهل الشرطان أعني الحلولية كالشطرين فيأن حلول بعض الثمنوالمثمن كلاحلول أملا ؟ مقتضى الدليل الدال في أن قبض البعض كعدمه أو أنه قبض ، فينتفي الخيار لانتفاء الشرط هو الاحتساب ، أي عد حال حلولها كحال قبضها ، فتدبر .

مسألة : لو اشترى مايفسد من يومه فان جاء بالثمن مابينه وبين الليل والافلا

بيع له ، ويدل على ذلك في الجملة بعد الاجمـاع مرسلة محمد بن أبي حمزة أو غيره على ماحكى عن « الكافي » ، فلابد من المراجعة .

وهذه العبارة مذكورة في كتاب شيخنا العلامة الانصاري وغيره المأخوذة عن المرسلة بعينها ، فيقع الكلام في دلالـة المرسلة ، فان ظاهرها تحقـق الفساد قبل الليل ، لقوله : ما يفسد من يومه، كما ان ظاهرها أيضاً ثبوت الخيار المستفاد من نفي البيع بعد مضي اليوم وتأخير الثمن فيه الى الليل ، فيكون مبدأ الخيار أول الليل ، وذلك لامعنى له اذ لافائدة في الخيار بعد تحقق الفساد ، وحيث أنه لدفع الضرر الناشيء من الفساد في المستقبل فلابد من كونه قبل الفساد ، فلابد أن نوجه بأن المراد من اليوم يوم وليلته ، فالمعنى أنه لايبقى على صفة الصـلاح أزيد من يوم وليلته ، واطلاق اليوم على هذا المعنى شائع في المحاورات، فيكون المراد تحقق الخيار في أول الليل فيما يتحقق الفساد في آخره أو بوجه آخر من تقدير بعد ، أي من بعد يومه على سبيل الاضمار ، أومن بمعنى بعد .

وكيف كان كلمات بعضهم نص فيما ذكرنا كعبارة «الدروس» حيث عبّر عن هذا الخيار بخيار ما يفسده المبيت، وقال : أنه ثابت عند دخول الليل ، وبعضهم الاخر ظاهر كعقـد اجماع « الغنية » على أن البائع يصبر يوماً ثم هو بالخيـار ، ومحكى « الوسيلة » : أن خيار الفواكه للبائع فاذا مر على المبيع يوم ولم يقبض المبتاع كان البائع بالخيار . ومحكى « الفقيه » الذي أسنده في «الوسائل » الى رواية زرارة : العهدة فيما يفسد من يومه ــ مثل الفواكه والبطيخ ــ يوم الى الليل، المراد من العهدة عهدة البائع .

وأحسن العبائر عبارة « الدروس » لنصوصيته فيماذكرنا خلافاً لشيخنا العلامة الانصاري « قده » حيث أحسن عبارة « الفقيه » ولم يعلم وجه الاحسنية ، وكلمات بعضهم الاخر تدل على أن الخيار في النهار ، كما عن « النهاية » : اذا باع مالا

يصح عليه البقاء من الخضروغيره ولم يقبض المبتاع ولا قبض الثمن كان الخيار فيه يوماً، فان جاء المبتاع بالثمن في ذلك اليوم والا فلا بيع له . ونحوهاعبارة « السرائر » الا أن يوجه بخيار المشتري لابمعنى الخيار المصطلح ، بل بمعنى اختياره في تأخير القبض والاقباض مع بقاء البيع على حاله من اللزوم وسلطنته على بذل الثمن وأخذ المبيع ثم تنقطع عنه السلطنة بعد اليوم ، لان الخيارحينئذ للبائع فله الفسخ . وقد تبع الشيخ في « النهاية » بذكر هذه العبارة ، وأنت خبير لاوجه لهذه المتابعة ، لانه لا داعي لذكر خيار المشتري بمعنى اختياره الموهم ظاهره خلاف المقصود .

ثم ان معنى الفساد عرفاً وحقيقة هو التلف والهلاك أو الخروج عن المالية رأساً ، وأما تغيير بعض أوصاف المالية ونقصانها فليس من الفساد ، لانه يصح سلبه عنه عرفاً ، فمقتضى التجمد بظاهر النص والفتاوى هو الاقتصار في ثبوت الخيار في الفساد الحقيقي ، فلاخياربمجرد تغيّر الصفات المالية ونقصانها خلافاًلشيخنا الانصاري « قده » حيث قال بما حاصله : فبمقتضى كون الخضر والفواكه لايفسد بالكلية ولايهلك بل يتغيرأوصافه المالية، وأنها موردالنص والفتوى وليس المراد الفساد الحقيقي بل مايشمل تغيّر العين نظيرالتغيّر الحادث في هذه الاموربسبب المبيت .

فيشكل ما ذكره « قده » بأن غلبة التغيير في هذه الامور وعدمهلاكها رأساً لا يوجب حمل الفساد على ما يشمله ، لانه معنى مجازي للفساد ، اذ الغلبة انما توجب سبباً للانصراف في المطلقات ، وأما كونها صارفة عن المعنى الحقيقي فلا، فينبغي الاقتصار في ثبوت الخيار بموردالفساد الحقيقي لانه المعنى العرفي أيضاً والقدر المتيقن .

فروع : أحدها : هل يتعدىعن مورد النص والفتوى ، أعني الفسادالحقيقي

على المختار أو ما يشمل نقصان المالية بسبب نقصان الصفة على مختار شيخنا العلامة الانصاري « قده » الى ما كان نقصان المالية عند بقاء المبيع فى اليوم والليلة ناشئاً من اختلاف السوق وفواته؟ قيل به تمسكاً بدليل الضرر ، ومنعه فى الكتاب بأن فوات القيمة السوقية فوات نفع لاضرر ، فيه اشكال لان تبدل القيمة الاعلى بالادنى يعد عرفاً ضرراً ،كما لايخفى .

والاولى أن يدفع بالنقض بالمبيع الذي لايفسدفي يومه من الاقمشة والاراضي والعقار اذا فرض فوات القيمةالسوقية، مع أنه لاخيار اجماعاً. وبالحل أن قاعدة الضرر موهونة تحتاج الى الجبر من عمل الاصحاب والايلزم الفقه الجديدمضافاً الى امكان ما يؤدي نظري القاصر أن ذلك ليس ضرراً على البائع أصلا حتى يوجب لخياره فلا وجه للتعدي والالحاق ، فتأمل .

وثانيها : اذا كان بقاء المبيع الى الليل سبباً لخوف التلف لا لاصل الفساد، بل لخوف لص أوغرق أوحرق أونهب أونحوها ، هل يلحق بمايفسد في يومه من ثبوت الخيار ؟ الاقوى عدم الالحاق لخروجه عن مورد الفتاوى والنص ، ودليل الضرر فقط لايكفي في المقام خلافاً لبعض المشائخ في شرحه على «اللمعة» حيث اختار الالحاق ، وهو عجيب .

وثالثها: لو وقع العقد أول الليل والمستفاد عن بعض المشائخ أن فيه وجوهاً، الاول : تقدير مقدار اليوم، وبعد مضي مقداره يثبت الخيار. الثاني: جعل العبرة بخوف الفساد ، فالعقد لازم الى حين خوف الفساد . الثالث : اللزوم مطلقاً ، نظراً الى أن الليل أول زمان خوف الفساد ، فبيعه في هذا الحال اقدام منه على الضرر ، فلاخيار . الرابع: التفصيل بين كون الليل أول خوف الفساد ، بأن بقي المبيع الى الليل ثم وقع العقد عليه ، وبين كونه اول ما كان المبيع حاصلا في ذلك الوقت فيكون الليل بمنزلة النهار ، فاللزوم في العبرة لمكان الاقدام ،

والعبرة بخوف الفساد في الثاني ، حيث قال ما هذه عبارته : ويبقى التأمل فيما لو وقع العقد ليلا لعدم اندراجه في النص والفتوى ، فيحتمل اللزوم بتقدير اليوم والفسخ بعده ويحتمل اللزوم الى حين خوف الفساد من غير تقدير ويحتمل اللزوم مطلقاً لكون الفرض مما يفسده المبيت ، فاذا بيع ليلا فقد حصل الاقدام على بيع الفاسد وشرائه فلاموجب للخيار، ولعل أوسط الوجوه أوسطها، وان كان الاخير لايخلو عن قوة ، حيث يكون المبيع من ذلك قد حصل في النهار وبقي الى الليل ، أما لو حصل ليلا فانه مأمون الفساد، فيقوى لزوم العقد الى خوف الفساد. انتهى .

ورابعها : اذا كان المبيع يفسد ليومين أو أزيد ففيه وجهان بل قولان :

١ ـ ما نسب الى جماعة ـ من وجوب التربص الى حين خوف الفساد فيثبت الخيار حينه .

٢ ـ ما احتمله العلامة في «التذكرة» من ثبوت الخيار بعد اليوم أول الليل ، وأشار الى ذلك بعض المشائخ بما لفظه: لو كان المبيع من ذلك مما لايفسد بيوم بل يبقى مثله ليومين أو أزيد فالذي صرح به جماعة أنه يتربص به البائع الى خوف فساده فيتخير، وان مضى عليه يومان أو أكثر واحتمل العلامة في «التذكرة» انتظار الليل فيه أيضاً لورود التحديد به شرعاً، ورده بأن مورد النص هو مايفسد ليومه وليس هذا منه ، فينبغي الرجوع فيه الى أصالة اللزوم والاخذ بقاعدة الضرر .

وما احتمله العلامة لايخلو عن قوة ، فان المراد بما يفسد من يومه ما كان من الاجناس التي من شأنها الفساد بالمبيت غالباً وعادة كاللحوم والالبان والثمرات والخضروات ونحوها ولاينافي ذلك من الفساد في بعض الافراد لخصوصية فيها أو في زمانها أو في مكانها ، فانه لايخرجها عن صدق ما يفسد ليومه ، فيكون

الجميع مشمولا للنص . انتهى كلامه «رفع مقامه».

خامسها : اذا كان المبيع مما يفسده أقل من يوم بليلته ، بأن كان استعداد بقائها نصف يوم مثلا ، فهل يلحق بمورد النص نظراً الى أن العبرة بخوف الفساد وقاعدة الضرر أم لا؟ فالمرجع أصالة اللزوم، فقد يستفاد من شيخنا العلامة الانصاري«قده» في ذلك الفرع بل في سائره من الفروع الميل الى التعدي والالحاق فيه اشكال لادليل عليه الا قاعدة الضرر ، فهل يحتاج الى الجبر وعمل الاصحاب الا أن يقال بحصول الجبر ولو عمل بها في أصل المسألة وليس بلازم العمل بها في جميع فروع المسألة ، بل لايحتاج الى الاستناد ، فيكفي مجرد الانطباق بأن كان مستند عملهم في المسألة هو النص ومع ذلك يكفي في الجبر ، فتأمل .

[مسألة : خيار الرؤية]

المراد به الخيار المسبب عن رؤية المبيع على خلاف ما اشترط عليه المتبايعان والكلام فيه تارة في أصل صحة البيع بعد التخلف وظهور كون المبيع على خلاف ما وصف وأخرى في دليل الخيار بعد الفراغ عن الصحة ، وثالثة في الاحكام المترتبة على الخيار .

أما الاول: فقد مر الاشكال في صحة البيع من وجوه شتى في مسألة اشتراط تعيين المبيع والجواب عنه بما لامزيد عليه ، فراجع .

وأما الثاني: فيدل عليه قبل الاجماع أمران:أحدهما : قاعدة الضرر المنجبرة بعمل الاصحاب . ثانيهما : الاخبار الخاصة ، منها : صحيحة جميل بن دراج قال : سئل أبو عبدالله عليه السلام عن رجل اشترى ضيعة ، الخ .

والاشكال فيها بأن اللازم في موردها الحكم بالبطلان بالنسبة الى القطعة الغير المرئية لا الحكم بخيار الرؤية . مدفوع بأنه لابد بدلالة الاقتضاء حملها على

مورد يصح بيع الضيعة اما بتوصيف القطعة الغير المرئية أو بدلالة المرئي على غيره لموافقتهما في الصفات .

ومنها صحيحة زيد الشحّام ، قال : سألت أباعبدالله عليه السلام عن رجل اشترى سهام القصابين من قبل أن يخرج السهم ، فقال: لاتشتر شيئاً حتى تعلم أين يخرج السهم ، فان اشترى شيئاً فهو بالخيار اذا خرج .

ويرد على التمسك به أنه لايعلم وجه الاستشهاد به لما نحن فيه ، لان المشتري لسهم القصاب اناشتراه مشاعاً فلامورد لخيار الرؤية، وان اشترى سهمه المعين الذي يخرج ، فهو شراء فرد غير معين ، وهو باطل .

والانصاف أن دلالته ليست بأضعف من الرواية الاولى فكما يصح الاستشهاد بها بعد ارتكاب ما مر من الحمل والتوجيه ، فكذلك يصح الاستشهاد بهذه أيضاً بعد توجيهها وحملها على ما اذا كان شراء السهم المشاع مبنياً على التوصيف بالنسبة الى مورد ذلك المشاع ومتعلقه، اذ لامانع من بيع ثلث المال الفلاني مثلا موصوفاً بكذا ، فثبت الخيار عند التخلف .

فهذه الرواية كالرواية السابقة مشتركتان في التوجيه، لكن تفترقان أن ارتكاب التوجيه في الاولى مقدمة لتصحيح أصل صحة البيع وفي الثانية لتصحيح الخيار، فعلى هذا فالنهي في قوله : (لاتشتر شيئاً) ارشادي، لدفع وقوعه في ضرر تخلف الوصف الموجب للخيار .

وأما الثالث : ففيه مسائل :

الاولى: الاكثر على أن هذا الخيار على الفور ـ بل نسب الى ظاهر الاصحاب بل ادعي نفي الخلاف ـ وقد يشكل : ما الفرق بينه وبين الخيارات الثلاث ، أعني خيار التأخير والغبن والعيب ، حيث أن الاكثر في الثلاثة على التراخي ، ولكن يندفع بالفرق، أما خيار التأخير فلان مستنده الاخبار الخاصة وهي قاضية

باطلاقها على التراخي وكذلك في العيب لدلالة الاخبار على ثبوت الخيار مادامت العين قائمة بعينها .

أمـا الاشكال بينه وبين الغبن حيث لـو كان مدرك القائل بالتراخـي هناك الاستصحاب بعد المسامحة في الموضوع فهو جار هنا أيضاً مع أن الفورية في المقام كالمتفق عليه دونه في الغبن الا أن يفرق أيضاً بأن المستفاد من النص الدال على ثبوت الخيار عند الرؤية هو التوقيت ، أي ثبوت الخيار انما هـو بمجرد الرؤية موقتاً بها لامطلقاً، فلا مسرح لاستصحاب الخيار بعدفرض دلالة النص على التوقيت ، ففي كون الفورية حقيقية أو عرفية ، فيجري ما ذكرنا في خيار التأخير وأن الاقوى الاول لكفاية انشاء الفسخ قولا في انفساخ العقد في أول أزمنة الرؤية والتخلف مـن غير احتياج الى طول زمان فلا داعي الـى المصير الى الفورية العرفية ، فتأمل .

أقول : لوكان مدرك الخيار هو قاعدة لاضرر ، الامر كما فـي المتن ، وأما بناءاً على استفادة ذلك الخيار من النص فينزل على الفورية العرفية .

المسألة الثانية : في مسقطات هذا الخيار ، وهي أمور :

أحدها : ترك المبادرة ـ بناءاً على الفور ـ من غير عذر ، وأما اذا كان مع العذر كالجهل والنسيان ، فالخيار باق كما تقدم في السابق ، وكذلك الجهل بأصل الفوريـة مع العلم بالخيار قـد تقدم أن فيه وجهين ، والاقوى سقوط الخيار لان ترك الفسخ باختياره بعد العلم بأصل الخيار اقدام على الضرر .

وثانيها : اسقاطه بعد العقد قبل الرؤية ، والاشكال بأنه يرجع الى التعليق ان قلنا بأن الرؤية كاشفة عن ثبوت الخيار والى اسقاط مالم يجب ان قلنا بأنها سبب.

مدفوع ، بأنه على التقدير الاول لايوجب التعليق في أصل انشاء الاسقاط بل الانشاء منجز ان صادف محله وموضوعه فهو ، والا انكشف وقوعه لغواً ، لانتفاء

الموضوع ، فليس هو الا كالتعليق بأصل وجود موضوعه الواقعي نحو بعت هذا ان كان مالي ، وعلى التقدير الثاني بأن الرؤية شرط للخيار والعقد سبب ، ووجود السبب كاف في صحة الاسقاط كاسقاط خيار الغبن قبل ظهوره ، وقد ذكرنا مراراً أن وجود الحق يكفي في الاسقاط وان يكن نفس الخيار موجوداً قبل الرؤية الا أن استحقاق ثبوت الخيار حاصل فعلا بمجرد اجراء العقد فيرجع الى اسقاط حق الاستحقاق لااسقاط نفس الخيار كما في موارد ملك أن يملك .

ثالثها : التصرف قبل الرؤية في كتاب شيخنا العلامة « قده » وجوه ، ثالثها : ابتنائه على سقوطه باسقاطه قولا وعدمه . فيه : أنه لايجري فيه الا وجهان ، أحدهما: عدم كونه مسقطاً مطلقاً وان قلنا بعدم اسقاطه قولا وذلك لضعف الفعل في الدلالة على الاسقاط فانه ليس بمثابة القول . ثانيهما : ماجعله ثالث الوجوه وهو ابتنائه على الاسقاط القولي واما العكس أعني الوجه الاخر وهو كونه مسقطاً مطلقاً وان قلنا بعدم جواز السقوط بالاسقاط القولي ، فلا وجه له لان حال الفعل لايزيد عن القول .

ثم قد يطالب الفرق بين التصرف قبل الرؤية وبين التصرف قبل ظهور الغبن حيث حكموا في الثاني على عدم السقوط من غير ترديد بخلافه هنا ، حيث قال في الكتاب : فيه وجوه ويمكن الفرق بأن الكلام في كون التصرف مسقطاً انما هو من جهة دلالته على الرضا كشفاً نوعياً أو فعلياً ، وحيث أنه لم يدل على الرضا قبل العلم بالغبن ولا على التحمل على الضرر فمقتضى قاعدة الضرر هو عدم السقوط وأما في المقام قد يقال في دلالته على الرضا من جهة أن تصرفه قبل الرؤية يكشف نوعاً على الرضا لهذا يحصل الترديد والوجوه المذكورة نعم لو قلنا أن التصرف تعبداً مسقط لكان المقامان على السواء ، وكذلك لو فرضنا أنه قبل الغبن والرؤية يدل على الرضا لقلنا بسقوط الخيار به في الغبن أيضاً .

رابعها : شرط سقوطه في متن العقد ، اعلم أن الكلام في الخيار المسبب عن الرؤية ، وهذا يجتمع مع الخيارات الثلاثة من خيار تخلف الوصف وخيار تخلف الشرط وخيار الرؤية ، أي تخلف الرؤية السابقة بتغير المبيع بغير مارآه سابقاً ، وحيث كان الجميع مشتركاً في حصول الخيار عند رؤية المشتري على خلاف ماوصفه في ضمن العقد في الاول وعلى خلاف مااشترط وعلى خلاف ما رآه سابقاً ، وكان غالب أحكامها على السواء ، لهذا لم نفصل فيما أوردناه من الاحكام المذكورة . وأما هنا فحيث يختلف الحال والمقال ، لهذا نقول :

يقع الكلام في كل واحد منها ، أما شرط سقوطه في خيار تخلف الوصف، ففي صحة العقد والشرط معاً ، أوبطلان العقد رأساً ، أو صحة العقد دون الشرط ؟ وجوه بل أقوال ، وجه الاخير : أن هذا الشرط لكونه اسقاطاً لما لم يجب فاسد وأن فساد مثل هذا لايفضي الى فساد المشروط . نعم لو قلنا بفساده من جهة الغرر والجهالة كان اللازم افضاء فساده الى فساد المشروط به بل من أجل أن فساده ليس في المقام الا لاجل أنه اسقاط لما لم يجب فيصح العقد دون الشرط ، ولا يجري في جوابه مامر مراراً في المسائل السابقة من كفاية وجود السبب ، لان المفروض شرط سقوطه في ضمن العقد ، فالسبب لم يوجد حتى يقال بكفايته في صحة الاسقاط ، فكما أن فعلية الخيار لم يتحقق كذلك سببه ، أعني مجرد العقد دون الشرط المتعقب بالخيار عند التخلف لم يتحقق لمكان الشرط .

ولكن لايخفى ضعف هذا لاوله الى شبهة الشافعي من عدم جواز شرط سقوط الخيار في ضمن العقد لكونه اسقاطاً لما لم يجب ، وهذه الشبهة والاشكال سار في جميع الخيارات ، ولااختصاص له بالمقام ، وقد ذكرنا أن الاصحاب أجمع على خلافه وعلى جواز اشتراط سقوط الخيار في متن العقد ، وأجابوا عن هذه الشبهة بأن مرجع شرط سقوط الخيار الى دفع المقتضي لارفع مانع من موانع اللزوم .

وحاصله : منع اطلاق أداة الخيار بحيث يشمل العقد المشروط في متنه عدم الخيار ، فسقوط الخيار ليس لاجل دليل صحة الشرط ، بل لاجل عدم وجود المقتضي وهو عدم جريان اطلاق دليل الخيار مع قطع النظر عن صحة الشرط وعدمه ، فبعد منع اطلاق دليل الخيار وعدم جريانه في مثل العقد المشروط في ضمنه سقوط الخيار تبقى أصالة اللزوم سليمة عن المعارض ومرجعاً في أمثال المقام . وجه القول الثاني ، أمران :

أحدهما : فساد الشرط على مامر وأن الشرط الفاسد مفسد للعقد المشروط وقد عرفت ضعف الفساد مضافاً الى أنه لوقلنا بفساده من أجل اسقاطه لمالم يجب لاينجر مثل هذا الفساد الى فساد المشروط لعدم رجوعه الى الاختلال في شروط العقد وأركانه .

وثانيهما : أن المصحح للعقد هو التوصيف ، لانه رافع للجهالة ، وشرط سقوط الخيار يؤل الى الغاء التوصيف والالتزام بالمبيع كائناً ماكان ، وجد الوصف أملا ، فيرجع الى الجهالة والغرر حينئذ ولذا لووقع العقد أولا بدون التوصيف لكان باطلا لمكان الغرر والجهالة فذكر الوصف بعد اسقاط الخيار عند تخلف الوصف في متن العقد يصير لغواً صرفاً لانه رافع للتوصيف وموجب لجعل التوصيف كالعدم .

هذا، وضعف هذا الوجه يظهر لك من وجه القول، أعني صحة العقد والشرط معاً ، وهو أن يقال : يمنع رجوعه الى الجهالة لان الرافع للجهالة موضوعاً أو حكماً نفس التوصيف لانه من قبيل أصالة الصحة المعتمد عليها عند الشك في الصحيح و المعيب ، ومن قبيل أخبار البائع بالكيل و الوزن ، فالتوصيف يصير المبيع كالمعلوم المشاهد ورافع لاثر الجهالة .

فشرط سقوط الخيار لايوجب انقلاب المعلوم الى المجهول ، لان الخيار

حكم شرعي لاربط له بموضوع الغرر ولابحكمه، فلايوجب ثبوته انقلاب المجهول الى المعلوم ولاسقوطه انقلاب الى المجهول، ولذالوباع المجهول بشرط الخيار كان باطلا ، كما أنه لوباع في مورد أصالة الصحة شرط سقوط الخيار فظهرمعيباً وبشرط التبري من العيوب ، كان البيع صحيحاً وان ظهر معيباً ، فلم يكن شرط سقوط الخيار وشرط التبري موجباً للجهالة والبطلان ، فكما ليس مرجع هذين الشرطين الى بيع مجهول الصحة والعيب كذلك مجرد التوصيف كأصالة الصحة موجب للصحة وشرط سقوط الخيار لايوجب انقلاب الصحة الى الباطل، والمعلوم الى المجهول، لان التوصيف بنفسه علة تامة للصحة وان كان المبيع بحسب اللب والمعنى مجهولا لمكان ترتب آثار المبيع المعلوم على التوصيف الذي نزله بصورة المعلوم وان كان الواقع مجهولا، فمرجع شرط الخيار ليس الغاء للتوصيف ورفع اليد عن أثر التوصيف، لان أثره هو الحكم بالصحة كأصالة الصحة. وان كان بحسب اللب والواقع غير معلوم حقيقة فهذا نظير المعرف بلام الجنس المترتبة عليه آثار المعرفة ، والمعرف بلام العهد الذهني المحكوم بأحكام المعارف، وان كان الاول بحسب اللب والمعنى كالاسم المنون بتنوين التمكن والثاني كالنكرة ، فالعبرة بمجرد التوصيف ، وأما الخيار فلا عبرة له في صحة العقد ، لاثبوتاً ولاسقوطاً، فلايصير وجوده سبباً لارتفاع الجهالة ، ولاعدمه سبباً لعود الجهالة .

هذا اقصى مايقال في بيان وجه الصحة. ولكن أورده شيخنا العلامة الانصاري ـ انتصاراً للفساد ـ مما حاصله :

بأن الخيار ـ وان كان حكماً شرعياً ـ لامدخل له في الصحة والفساد ولافي العلم والجهل ثبوتاً وسقوطاً، الا أن الكلام في سببه وسبب الصحة، أعني التوصيف فان معناه هو الالتزام لوجود الوصف .

ومن المعلوم أن مرجع شرط سقوط الخيار الى عدم الالتزام بالوصف لان

الالتزام بالبيع مطلقاً سواء وجد الوصف أولا مناف للالتزام بالوصف ، فشرط سقوط الخيـار رافع للالتزام ، فصار كالبيع بدون التوصيف ، و حيث يصير الالتزام وجوده كالعدم يؤل الى البيع بلاتوصيف ولا التزام ، وهذاهو الغرر كما أن الالتزام كان رافعه موضوعاً أوحكماً .

فلاينتقض بالبائع بشرط التبري، لان البائع لم يلتزم بكون المبيع صحيحاً حتى يكون شرط التبري منافياً له ، بل انما اعتمد المشتري في شرائه على أصالة الصحة الرافعة للغرر ، فلا مانع من اجرائه شرط تبري البائع من العيوب، بخلاف المقام فان المعتمد المصحح في المقام هو التزام البائع بالوصف ، فحيث شرط البائع سقوط الخيار مناف له يصير الزامه كالعدم . نعم لوباع بشرط ، بأن شرط في ضمن العقد كون المبيع صحيحاً، كان شرط التبري منافياً له ، فبطل لوحصل الشرط حينئذ ، فالمناط في الصحة والفساد هو سبب الخيار ، وهـو التوصيف والالتزام وجوداً وعدماً.

هذا حاصل كلامه ومهذب مرامه « رفع فـي الخلد مقامه » ، و يشكل بأن الالتزام في الوجود الخارجي والجزئي الحقيقي غير متعقل ، لان متعلق الالتزام لابد أن يكون فعلا خارجياً مقدوراً ، والوصف في العين الخارجية اما موجود أولا ، فالالتزام بالوصف فيه خارج عن قدرة البائع ، فماجعله المناط في البطلان ـ وهو التنافي بين الالتزام بالوصف وبين شرط سقوط الخيار الرافع له والراجع الجهالة ـ باطل، لانه فرع صحة المبنى وهو ممنوع، لانه غير معقول في الصفات الخارجية ، بل التنافي الراجع الى الغرر لايتوقف على جعل التوصيف التزاماً، لانه حاصل أيضاً بدونه ، بأن يقال أنه لااشكال في كون التوصيف قيداً للمبيع بأن متعلق البيع ليس هو الجزئي الخارجي على كل حال بل حال كونه مقيداً بالوصف ومرجع شرط سقوط الخيار الغاء هذا القيد وجعل المبيع مطلقاً ومن المعلوم حصول

التنافي بين جعل المبيع مطلقاً و مقيداً وان اطلاقه بعد تقييده يؤل الى الجهالة والغرر .

فالتحقيق أن يقال : ابتناء الصحة والفساد في المقام على أن التوصيف الذي هو كأصالة الصحة مصحح للعقد هل هو معتبر من باب الطريقية أو الموضوعية فعلى الاول يتجه ماأفاده شيخنا العلامة الانصاري « قده » من الفساد ، وعلى الثاني يتجه ما أختاره المشائخ ، منهم : صاحب « الجواهر » لان مجرد التوصيف علة تامة للصحة حينئذ كمال التعريف اللفظي ، فيترتب عليه آثار المبيع المعلوم شرعاً وان كان في الواقع مجهولا .

وأما التحقيق في المبنى : الظاهر هو الاول لوجوه :

أحدها : ظهور دليل اعتباره على كون التوصيف طريقاً نوعياً الى احراز الوصف .

ثانيها : انه الاوفق بالقواعد ، اذ بناءاً على الطريقية تبقى أدلة الغرر في صورة شرط سقوط الخيار على حالها من غير لزوم التخصيص فينحصر الخارج عن تحتها صورة ما لم يصرح البائع شرط سقوط الخيار . وأما بناءاً على الموضوعية يلزم التخصيص فيها في مفروض الكلام، فيدور الامر في دليل الغرر بين قلة التخصيص وكثرته، والاول أولى ومقتضاه الالتزام بالطريقية .

ثالثها : أن التوصيف قائم مقام الرؤية ، فحيث أن الرؤية السابقة معتبرة من باب الطريقية بلا اشكال، فكذلك ما يقوم مقامها . فمقتضى هذه الوجوه هو الطريقية واللازم الفساد ولعله الاقوى .

هذا كله في شرط سقوط خيار التوصيف . وأما خيار الشرط فيقرب به بعين ما مر من الالتزام والتقييد والتنافي بينه وبين شرط السقوط ومناط البطلان طابق النعل بالنعل .

وأما شرط سقوط خيار الرؤية : فالظاهر منهم عدم التفكيك بينه وبين سابقيه لعدم من فرّق بينهما فيما رأينا عدا المحكي عن المحقق الثاني التأمل فيه مع جزمه بالبطلان في خيار التوصيف وقد صرح في الكتاب أيضاً بالفرق بينهما بناءاً على ماجعله المناط في البطلان من التنافي بين الالتزام وبين الشرط ، نظراً الى أنه لا التزام من البائع في ضمن العقد ، بل المشتري اعتمد على الرؤية السابقة كاعتماده على أصالة الصحة في الشك في الصحة والعيب ، فلا ضير في شرط سقوط الخيار لعدم حصول التنافي الراجع الى الجهالة . كما أنه الحال لو قلنا بأن المناط هو التنافي من جهة التقييد والاطلاق على حسب ما أشرنا ، لان الرؤية طريق للمشتري الى احراز المبيع . وليست موجبة للتقييد أصلا ، فالمبيع هو الموجود الخارجي المرئي واشتراط سقوط الخيار على تقدير التخلف لا يجعله مجهولا ولا مطلقاً ، اذ قد يكون احتمال التخلف عند المشتري مجرد احتمال عقلي ، فلاينافي شرط البائع على المشتري سقوط الخيار لو تخلف . والحاصل: مناط الصحة في التوصيف هو التقييد ، والشرط الغاء له ، ومناط الصحة في المقام الرؤية السابقة وليس تقييداً فيصح شرط السقوط لوجود المقتضي وعدم المانع أعني التنافي والتناقض، كما هو الحال في شرط التبري مع امكان المشتري على أصالة الصحة فشرط السقوط لايوجب التنافي والتناقض فيحنئذ الاقوى هو التفصيل بين خيار الرؤية وبين الخيارين .

تنبيه : الخيار وان كان حكماً شرعياً ولا مدخل له في الغرر ثبوتاً وسقوطاً الا أنه انما يتجه في الخيار الثابت بجعل الشارع ، وأما الخيار الجعلي الثابت بجعل المتعاقدين ، فيمكن أن يقال بمدخليته في رفع الغرر والجهالة ثبوتاً وسقوطاً ولازمه صحة بيع المجهول بشرط الخيار لو لم يكن الاجماع على خلافه، فتدبر.

المسألة الثالثة : في أنه هل يصح اشتراط الابدال لو ظهر التخلف ، بأن باعه

موصوفاً واشترط أنه لوظهر غير موصـوف فأبدل المبيع الغير الموصوف الى عين اخرى موصوفة بالوصف المذكور في العقد أو بغيره أم لا ؟

ففيه قولان ، فعن الشهيد « قده » في « الدروس » أن الاقرب الفساد ، وظاهره فساد العقد ، لانه يرجع الى جهالة المبيع أو الى اشتراط معاوضة تعليقية غـررية لان البدل المستحق عليه بمقتضى الشرطان كان بازاء الثمن ، فمرجعه الى جهالة المبيع والترديد فيه لانه ان ظهر مطابقاً فالمبيع هو هذا العين ، وان ظهرمخالفاً فالمبيع هو البدل ، وانكان بأزاء نفس المبيع الذي ظهر على خـلاف الوصف فمرجعه الى انعقاد معاوضة تعليقية غررية ، لان المفروض جهالة المبدل وهوالفاقد للوصف .

وأورده في « الحـدائق » بأن مجرد شرط البائع الابدال مع عـدم ظهور الوصف لايصلح سبباً في الفساد لعموم الاخبار المتقدمة . نعم لوظهرمخالفاًيكون فاسداً من حيث المخالفة ولايجبره هذا الشرط لاطلاق الاخبارفي الخيار ، والاظهر رجـوع الحكم بالفساد في العبارة الى الشرط المـذكور ، حيث لاتأثير له مع الظهور وعدمه، وبالجملة فاني لا أعرف للحكم بفساد العقد في الصورة المذكورة على الاطلاق وجهاً (انتهى) .

والظاهر أن فرقه بين صورة المطابقة والمخالفة ناظر الى شبهة مخالفة القصد للواقع التي ذكرها الاردبيلي «قده» في مسألة تخلف الوصف ، وقد عرفت أن الامكان ليس من هذه الجهة ، لعدم اختصاصها بشرط الابدال ، بل الاشكال انما هو من جهة لزوم الغرر والجهـالة في المبيع أو في الشرط المستلزم للغرر في البيع ، وهذا لافرق بين ظهور الوصف وعدمه فالاقـوى ما ذكره الشهيد « قده » من فساد العقد مطلقاً ظهر الوصف أم لا ؟

أقول : في نظري القاصر صحة العقد لاتخلـو عن قوة ، فلابد من التأمل ،

لان العقد على التوصيف قد وقع ، فان وقع المبيع مطابقاً فلازم ، والا فيثبت الخيار وفساد الشرط أعني اشتراط الابدال لايسرى الى فساد العقد .

المسألة الرابعة : فيثبوت خيار الرؤية في كل عقد وقع على عين شخصية، وجه قوي لامور :

أحدها : دعوى المناط بناءاً على استناد هذا الخيار الى الاخبار الخاصة ، فان العبرة والمناط هو المعاوضة لاخصوصية البيع .

ثانيها : قاعدة الضرر، فهيكافية في التعميم بعد انجبارها بالعمل .

ثالثها : ما ذكره شيخنا العلامة الانصاري «قده» بما حاصله من منع وجود المقتضي للزوم مع تخلف الوصف، لان المقتضي للزوم هو العقد والمعاهدة، فهي لم تثبت بالنسبة الى غير الموصوف، بل انماتعلق بالموصوف ، فاذا ظهر الخلاف فلامقتضي للزوم ، لان عدم الالتزام بترتب آثار العقد الفاقد للوصف المشروط فيه ليس نقضاً للعهد ، فيدور الامر بينفساد العقد أو الحكم بالخيار ، والاول مخالف للاجماع ، فتعين الثاني ، (هذا) ويرد عليه :

أولا : أن منعه « قده » المقتضي للزوم مع حكمه بالصحة متناقضان ، لان موضوع المعاهدة اذا بني على الموصوف واخراج غير الموصوف عن موضوع التعهد والالتزام ، فلاوجه للحكم بالصحة بل لازمه الفساد كما في تخلف الماهية فالحكم بالصحة مبني على جعل متعلق العقد هو نفس العين الخارجية ، وجعل الوصف من باب تعدد المطلوب ، وحينئذ فالمقتضي للزوم بالنسبة الى الفاقد موجود لا محالة وهو العقد فلا وجه لمنع المقتضي فمنع ، فالمقتضي مناف ومناقض للحكم بالصحة لمكان الاجماع على عدم الفساد فيكشف الاجماع على فساد المبنى .

وثانياً : سلمنا عدم وجود مقتضى اللزوم ، الا أنه يوجب عدم جواز التمسك

في لزومه (بأوفوا) وهو غير ضائر ، لعدم انحصار مدرك اللزوم به لكفاية الاستصحاب في الحكم باللزوم ، لانه بعد الاعتراف بالصحة مع الشك في اللزوم فالمرجع استصحاب الملكية ، فاذاً الوجه القوي في جريان هذا الخيارهو الثاني أعني دليل الضرر لضعف الاول أيضاً في دعوى المناط القطعي أولا، ومنع استناده الى الاخبار الخاصة بل الى قاعدة لاضرر ثانياً .

هذا في غير الصلح واضح ، وأما فيه : فقد أفرده في الذكر في «الجواهر» بعد الحكم بجريانه في الاجارة ونحوها مما يعتبر فيه المشاهدة والوصف مالفظه: بل يمكن القول بجريانه فيما لايعتبر فيه ذلك كالصلح تنزيلا للخيار في خلاف الوصف في المعين منزلة الابدال في الوصف المعين . فتأمل جيداً . (انتهى) .

يعني لو صالح كلياً موصوفاً ، فيجب ابدال غير الموصوف بالموصوف لو سلم في مقام الاداء الفرد الغير الموصوف وان كان الصلح لو وقع بنفس الكلي من غير توصيف كان صحيحاً لاعتقاد الجهالة فيه ، فكذلك لو صالح عيناً جزئياً موصوفاً وتخلف الوصف ثبت الخيار، لانه لايجري فيه الابدال فينزل الخيار في الجزئي الموصوف منزلة الابدال في الكلي الموصوف ، لان التوصيف في قوة الاشتراط ، والا لكان لغواً ، فعند التخلف ثبت الخيار .

فيه : أولا منع التوصيف منزلة الاشتراط بل فائدته هو الترغيب واحداث الداعي، وثانياً تخلف الوصف والشرط لايؤثر في الخيار لاغتفار الجهالة والغرر في الصلح ، فلا يجري فيه قاعدة الضرر . وهذا بخلاف الابدال في الكلي ،لان التوصيف في الكلي يوجب التنويع فتسليم العاقد ليس تسليماً للمصالح عنه بل هو باق في ذمته فيجب دفعه بأداء الفرد الاخر المنطبق على الكلي الموصوف، وأين هذا من الجزئي الموصوف ، لان تخلف الوصف فيه لايوجب خروجه عن متعلق الصلح، فتخلفه أيضاً غير ضائر لافتقار الجهالة فيه فالتفصيل بين الصلح

وبين سائر عقود المعاوضات في جريان هذا الخيار لايخلو عن قوة ، فتأمل .

مسألة : لو اختلفا في تخلف الوصف ، فقال المشتري به ، والبائع بعدمه ، فعن محكى «التذكـرة» المنكر هو المشتري ، فيقدم قوله ، لانه موافق لاصالـة البرائة حتى يثبت خلافه بالبينة أو بالاقرار ، اذ المدعي حينئذ هو البائع فعليه الاثبات .

والمستفاد في«المختلف» أن المنكر هوالبائع لاصالة اشتغال ذمة المشتري بالثمـن حيث اعترف بالشراء ، الا أن يثبت تغير الـوصف ثـم يفسخ ، فيصير المشتري حينئذ مدعياً لمخالفة قولـه للاصل كما اختلفا في أصل الاشتراط ، فقال المشتري : أشترط كـون العبدكاتباً ، والبائع ينكـره ، فالاصل عـدم الاشتراط فيبقى اشتغاله سليماً .

وأورده شيخنا العلامة الانصاري «قده» بما حاصله أن اختلافهما يرجع الى أن عقد البيع هل تعلق بالعين الملحوظـة فيها الصفات الفاقدة المغيرة كما قالـه المشتري أو تعلق بعين لـوحظ فيها الصفات الموجـودة أو ما يعمها كما قالـه البائع ، فاللزوم انما هو من أحكام المناط وآثاره ، فالاصل عدمه أي عند الشك بين هذيـن الفرضين الاصل عـدم تعلـق العقد بالعين الملحوظ فيهـا الصفات الموجودة أو ما يعمها ولازمه عدم لزوم العقد لان لزوم العقد كان من آثاره على تقدير تعلقه بهذا العين مع هذه الصفات الموجودة أو الاعم ، فيصير حينئذ قول المشتري موافقاً للاصل فيقدم قوله وقول البائع مخالفاً له . فعليه الاثبات فلايقدم قوله ولايحكم باشتغال ذمة المشتري مع فسخه وان لم يثبت التغير والاختلاف بالبينة خلافاً للمحكي عن «المختلف» ، لايقال هذا الاصل أي أصالة عدم تعلقه بعين لو حظ فيها . الخ . معارض بأن الاصل عدم تعلق عقد البيع بعين لوحـظ فيها الصفات الفاقدة المتغيرة ، لانا نقول بأن الاصل الثاني لاأثر له الاعلى القول

بالاصل المثبت بأن لازم عدم تعلق عقد البيع بعين لوحظ فيها الصفات المفقودة بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة فيكون حينئذ لازماً فيدفعه حينئذ أن الاصل عدم تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة فيكون حينئذ الاصل عدم اللزوم وهوموافق لقول المشتري فيقدم لانه يصير حينئذ منكراً بالميزان المقرر في تشخيص المدعي والمنكر .

ومما ذكرناتوضيحاً لكلامه يتضح لك الفرق بينه وبين الاختلاف في اشتراط الكتابة وأمثالها لان الاصل عدم تعلقه بعين لوحظ فيها الصفات الموجودة أو ما يعمها لاجريان له لمكان حكومة أصالة عدم الاشتراط عليه بخلاف المقام لان الصفات المختلفة فيها بعنوان تقييد المبيع فيرجع اختلافهما الى تعلق العقد الى هذا المقيد أو الى هذا .

هذا حقيقة مرامه «رفع في الخلد مقامه». ولكن يردعليه : أن ما ذكره مبني على عدم جواز التمسك في أمثال المقام في تشخيص المنكر والمدعي بالاصول المثبتة . وهذا غير مرضي عندنا كما مر في مسألة اختلاف ما شاهده قبل البيع وغيرها، لان المرجع في تشخيص المنكر والمدعي هو العرف وبناء العقلاء فالاصول العدمية المثبتة يحصل بسببها الميزان لما ساعد عليه العرف ويحصل به الظن فيكفي في التشخيص ولم يكن لها أثر شرعي وليست بحجة شرعية اذ معنى الحجة الشرعية يترتب آثارها الشرعية فهي مفقودة في المقام فالاصلان حينئذ متعارضان لان قول كل منهما مخالف للاصل ، فلابد من التخلف ولازمه انفساخ العقد من حينه .

وان أغمضنا عن ذلك نقول : ان ما ذكره «قده» ان أخذ الصفات في المبيع وان كان في معنى الاشتراط الأ انه بعنوان التقييد فيرجع الشك الى تعيين موضوع العقد باطل ، لان أخذ الوصف في موضوع مستلزم لفساده عند التخلف كماسبق

وينتج قول الاردبيلي «قده» في البطلان فلا وجه للخيار اذ الخيار مبني على جعل الموضوع هو ذات العين الخارجية وجعل الوصف كالشرط من قبيل تعدد المطلوب وحينئذ فما ذكره من الفرق بين المقام وبين الخلاف في الاشتراط لكتابة العبد باطل ، فكما تقدم هناك قول البائع لاصالة عدم الاشتراط لوصف مفقود كالكتابة مثلا فكذلك في المقام أيضاً .

نعم يتجه الفرق بين الخلاف في تخلف الشرط وبين الخلاف في تخلف الوصف في الرؤية السابقة اذ لا شرط ولا توصيف هناك فلا أصل بالنسبة الى موضوع العقد وأما المقام فحاله حال الشرط حرفاً بحرف .

فحينئذ الحق أن يقال ان قلنا بالاصل المثبت في تشخيص المنكر والمدعي فلابد من التحالف وان قلنا لابد من الاصل الشرعي، فالقول قول البائع لاعتراف المشتري باشتغال الذمة بالثمن على تقدير عدم الخيار فعليه اثباته حتى يحصل برائته على تقدير فسخه .

هذا كله فيما لو اختلفا في أصل التخلف وأما لو اتفقا عليه واختلفا في زمانه فقال المشتري حصل التخلف قبل العقد وكان المبيع حال العقد فاقداً للوصف ، وقال البائع حصل بعد العقد في ملك المشتري فلاخيار . فالاقسام ثلاثة ، لانه اما يعلم تاريخ العقد دون تخلف الوصف، أو بالعكس ، أو لايعلم بل يجهل كلاهما.

أما الاول ، بأن وقع العقد على الشاة الموصوفة بالسمن وشك في هزاله الحادث يقيناً هل حدث بعد العقد أو قبله فالاصل تأخره فيقدم قول البائع امامن جهة الاصل المثبت حيث ثبت بأصل تأخره وقوع العقد في حال السمن أو من جهة استصحاب نفس السمن الى زمان العقد الا أن ذلك أيضاً على التحقيق مبني على الاصل المثبت لان الاثر مترتب على وقوع العقد على السمن لاعلى مجرد بقاء السمن حال العقد، الا أن المشهور لايفرقون بينهما ، فحينئذ يقدم قول البائع.

وأما الثاني ، بأن علم الهزال في أول الشهر وشك في اجراء العقد بعده أو قبله فأصل عدم وجود العقد الى زمان الهزال وأصالة تأخره يقتضى تقديم قول المشتري ، لكنه أيضاً مبني على الاصل المثبت لان الاثر أعني الخيار مترتب على وقوع العقد على الهزال ، لا على عدم وجود العقد الى زمان حدوث الهزال .

وأما الثالث : فتتعارض أصالة تأخر الحادث فيهما ، فعلى المشهور من ثبوت التقارن بتقدم قول المشتري ، لان تقارن العقد والهزال كاف في نفي اللزوم ، لكن الحق عدم حصول التقارن الا على الاصل المثبت والا فهو أيضاً حادث مشكوك والاصل عدمه ، فلا أصل حينئذ في البين ، فالمرجع حينئذ أصالة اللزوم ، فيقدم قول البائع ، وكذلك الكلام في الاولبين بناءاً على عدم اعتبار الاصول المثبتة الجارية فيهما .

مسألة : اذا كان الثوب على محل النسج ، وكان بعضه منسوجاً وبعضه غير منسوج فاشتراه على أن ينسج الباقي كالاول ، فيبطل على مافي محكى «التذكرة» و « المبسوط » والقاضي وابن سعيد و « جامع المقاصد » ويصح على ما في «المختلف» وهل مفروض البحث ماذا كان المبيع كل الثوب وتمامه ، أو ماذا كان المبيع بعضه المنسوج بشرط ضم نسج بعضه الاخر ؟ ظاهر كلمات جملة من الاعيان قولا ودليلا هو الاول وظاهر الكتاب هو الثاني ، والمحكي عن «المختلف» محتمل الامرين بارجاع ضمير (اشتراه) الى المضاف أو الى المضاف اليه فلنفرض الكلام أولا في ظاهر كلماتهم أعني الوجه الاول من كون المبيع تمام الثوب من المنسوج وغيره شرط أن ينسج الباقي على منزال الاول .

فنقول : أن فيه وجوهاً ثلاثة :

الاول : البطلان لوجوه ثلاثة ، أحدها : لزوم الغرر بناءاً على عدم ارتفاع الجهالة بمثل هذا الوصف نظراً الى اختلاف الجهات .

وثانيها: المحكي عن «المبسوط» من أن المنسوج مرئي والباقي الموصوف غيرمرئي ، فالعقد بالنسبة الى الاول لازم وبالنسبة الى الثاني جائز، فيلزم التناقض لان العقد شيء واحد لايمكن أن يكون لازماً وجائزاً معاً ، لامتناع الحكمين المتضادين في شيء واحد .

وثالثها : لم يثبت من الشرع جوازمثل هذا العقد الواحد المتعلق بالمركب من الموجود الجزئي والمعدوم الكلي ، فان الثابت من الشرع اما بيع الجزئي الخارجي أو بيع الكلي .

مسألة : في حدوث العيب في المبيع بعدالعقد :

فنقول : تعيّب المبيع حيواناً كان أو غيره بعده اما أن يكون قبل القبض أو بعده ، وعلى الثاني في زمن الخيار أو بعده ، أي بعد انقضاء الخيار أومضيه فهنا مقامات ثلاثة ، الاول: في بيان حال التعيب قبل القبض بالنسبة الى نفسه وبالنسبة الى التعيب السابق ، بمعنى أنه هل يحدث الخيار المستقل أم لا ، وأنه هل هو مسقط للخيار السابق الحاصل بالعيب السابق على العقد أم لا ؟ فهنا مسألتان لابد من التكلم فيهما ، الاولى : في أنه هل هو ـ أي حدوث العيب بعد العقد وقبل القبض ـ يوجب الخيار للمشتري ويحدثه له أم لا ؟ فنقول : ربما يتوهم من عبارة الشارح الجواد التفصيل بين أن يكون القبض من شرائط الصحة وعدمه ، حيث قال ماهذه عبارته : اذا حدث في المبيع ، حيواناً كان أو غيره ، فأما أن يكون قبل قبضه أو بعده في زمن الخيار أو بعده ، فان كان قبل القبض فهو اما أن يكون من شرائط صحته كالتصرف أولا ، فان كان شرطاً فلا ريب في تخيير المشتري بين الرد والارش على نحو غيره من العيوب السابقة على العقد لعدم تأثر العقد

بدونه، وان لم يكن شرطاً فالمشهور تحصيلا ونقلا أنه كذلك أيضاً . انتهى.

والتحقيق الذي يتضح به المقال أن يقال : المبيع لايخلو اما أن يكون في يد البائع أو في يد المشتري وقبضه ، أما اذا كان في يد البائع ولم يتحقق القبض للمشتري وحدث العيب حينئذ فلابد أن يفصل بين أن يكون شرطاً للصحة وعدمه فعلى الاول ـ أي فيما اذا كان القبض من شرائط صحة العقد كبيع الصرف ـ فلااشكال في أن حدوث العيب قبل حصول مثل هذا القبض يوجب رد المبيع لانه حينئذ مضمون على البائع بل هو كحدوثه قبل العقد لانه لم يستكمل العقد بدون القبض حينئذ ولكن خيار المشتري بينه ـ أي بين الرد ـ وبين الارش فيه اشكال وتفصيل ، فعلى مذهب المشهور في بيع الصرف من أن القبض ليس بواجب بل انما هو من شرائط صحة العقد لأنه يجب اقباضه على البائع وكان للمشتري حق عليه من جهة مطالبة القبض .

ينبغي حينئذ أن يقال : ليس للمشتري خيار الارش لانه لم يتم العقد له وليس له الالتزام على البائع الارش ومطالبته منه ، بأن يأخذ المبيع ويمسكه ويأخذ أرش العيب بل الخيار في اقباض المبيع للبائع ، فان شاء أقبضه والا فلا يجب عليه الاقباض ، وأما على المذهب ـ المنسوب الى العلامة «قده» ـ من وجوب الاقباض في بيع الصرف أيضاً ، حسب مافصلناه سابقاً مع دليله فيتوجه حينئذ ثبوت الخيار للمشتري بأن كان له رد المبيع وعدم قبضه من البائع والزامه على البائع بالاقباض فيقبض ويمسك المبيع ويطالب الارش .

وعلى الثاني ـ أي فيما لم يكن القبض من شرائط الصحة ـ فلا اشكال حينئذ في تمامية العقد وحكمه حكم ماكان المبيع في يد المشتري، أما اذا كان المبيع في يد المشتري ـ كما هو ظاهر عناوينهم وانصرافات كلماتهم ـ لافرق بين الصرف وغيره، ولافائدة للتفصيل بين كون القبض من شرائط الصحة كما نصل في العبارة

المحكية عن الشارح الجواد الا أنه في الصرف نفى الريب في أن ضمانه على البائع لان العيب انما حصل قبل استكمال العقد وغيره نسب الى المشهور.

وكيف كان ، الكلام هنا في أن العيب الحادث قبل القبض اذا علم في يد المشتري فهل يوجب التخيير بين الرد والارش أو الرد فقط أو الارش لاغير ، الظاهر أنه لاخلاف في الرد بذلك العيب ، بل الظاهر الاجماع على ذلك ولولاه لامكن المناقشة فيه لان العيب ضرر حصل في ملك المشتري بآفة سماوية وكونه موجباً للرد لماذا؟ والقاعدة المعروفة (كل مبيع تلف قبل قبضه فهو من مال بائعه) انما وردت في تلف المبيع لافي تعيبه فتلف بعض أجزائه وصفاته غير مندرج تحت القاعدة لظهور قوله (كل مبيع تلف) في تلف تمام المبيع والقول بأن الرد حينئذ انما هو من جهة قاعدة الضرار مندفع بأنه لم يجييء الضرر من جهة العقد بل هو ضرر حدث في ملك المشتري فهو كما أنه ضرر على المشتري كذلك رده ضرر على البائع وبالأولوية .

وأيضاً أن التلف والعيب وان لايوجبان سقوط الرد والخيار الا أنه فيما عدا خيار العيب وأما فيه فمقتضى القاعدة سقوط خيار الرد لان الرد في خيار العيب مشروط بمادامت العين باقية ، ففي صورة التلف جزء أو صفة ليست العين باقية كما هو المصرح به في الاخبار .

والذي يسهل الامر هو الاجماع ، فبعد كون المسألة اجماعية لاينبغي التفتيش عن دليل آخر وان كان الاجماع ورد على خلاف ما ساعدته القاعدة . نعم يمكن استفادة خيار الرد من دليل آخر كما في « الجواهر » وهو بعد أصالة صحة العقد والضرر بالزام البائع بقبوله على هذا الحال أن يقال : انا علمنا من حكم الشارع كل مبيع تلف قبل قبضه ... ارفاق الشارع بالمشتري خاصة دون البائع ، فمقتضى الارفاق ضمانه على البائع على نحو غيره مما يقتضي رده اليه فيوجب تلف الجزء

والصفة قبل القبض رد المبيع أيضاً بحكم الارفاق على المشتري فحينئذ يسقط الاحتمال الاخير من لزوم الارش فقط لاغير عن درجة الاعتبار لمخالفته للنص والاجماع حسبما عرفت. فيثبت أن للمشتري الرد اذا تعيب المبيع قبل لعدم الخلاف بل الاجماع كما هو المصرح به في كلام غير واحد ولاستفادة الارفاق من النص المذكور مضافاً الى لزوم الضرر بامساكه وان يناقش في الاخير بانجباره بالارش وكيف كان لاينبغي المناقشة في جواز الرد بعد قيام الاجماع عليه وأما الارش فيه خلاف .

ففي « الخلاف » عدم الخلاف في عدمه وهو المحكي عن ابن ادريس وظاهر المحقق لاصالة البرائة عنه بعد جبر تضرر المشتري بثبوت الرد ومعنى ضمانه على البائع قبل القبض انفساخ العقد لو تلف لأنه يلزم المثل والقيمة حتى يثبت الارش فيمنع سريان ضمان تلفه على البائع لاجزاء المبيع الغير المستقلة كما هي المبحوث عنها ولصفاته والالاقتضى انفساخ العقد في الجزء المقابل للثمن حتى لو أراد دفع الارش من غيره لم يجب عليه القبول .

ولاريب في بطلانه خصوصاً على ماهو الظاهر من عدم مقابلة أجزاء الثمن لاجزاء المبيع ، والقول بالارش هو المنسوب الى المشهور ، واختاره العلامة والشهيدان والمحقق الثاني وغيرهم .

ويستدل عليه بوجوه ، منها : ما في كتاب شيخنا العلامة « قده » ان الكل مضمون قبل فكذا أبعاضه وصفاته وأورد عليه في « الجواهر » بأن معنى ضمانه انفساخ العقد وهذا غير متحقق في الاجزاء والصفات فلهذا لايوزع عليها الثمن، وأجاب عن ذلك في الكتاب بأن وصف الصحة وان كان لايقابل ابتداء بجزء من الثمن الا أن معنى ضمانه هو تقدير تلف الجزء الغير المستقل وتلف الوصف في ملك البائع قبل العقد ، فكما أن تلفها في ملك البائع يوجب خيار المشتري

بالارش كذلك حدوث العيب في الجزء و الوصف بحيث يوجب تلف الجزء والوصف في ملك المشتري قبل قبضه كون المبيع معيباً فيجري فيه جميع أحكام العيب من الخيار واسقاطه رداً وأرشاً .

ومنها : مساوات الضمان هنا ضمان المبيع في الخيار المختص وكما يثبت الارش هناك فكذا هاهنا و استدل بذلك في «الانوار» فيه مالايخفى من القياس.

ومنها: ما استدل فيه أيضاً قوله عليه السلام : (لاضمان على المبتاع حتى ينقضي الشرط ويصير المبيع له) فانمعنى(له) أنه يكون من ضمانه والافهو مالكه من حين العقد ، فيفهم أن الضمان على البائع في كل مالم يكن المبيع للمشتري ـ أي داخل في ضمانه و الاجماع منعقد على عدم دخوله بضمانه قبل القبض .

ومنها : ما ذكره الفاضل الجواد من ظهور الاتفاق من الاصحاب على أن مضمونية المبيع على البائع قبل القبض على نحو مضمونيته عليه قبل العقد، فمتى تلف قبل القبض بطلت المعاملة لفوات متعلقها ومتى تعيب ترتب عليه حكم العيب ولذا اتفقوا على ثبوت الخيار هنا فيتسلط المشتري على الرد والفسخ ولولاذلك لم يتجه الرد .

ومنها : ماذكره أيضاً بعد هذه العبارة أنهم اتفقوا على استحقاق الارش مع التراضي ولولا أن العيب مضمون على البائع كضمان الجزء الذي يتقسط عليه الثمن لكان اخذ الارش من أكل المال بالباطل اذلا معاوضة في المقام .

وحاصله : أن خيار المشتري بالارش ثابت ، والا يكون أخذه من أكل المال بالباطل مع أنهم اتفقوا باستحقاقه مع التراضي .

فيه : ان اتفاقهم على الارش مع التراضي لايدل على أصل ثبوته بالعيب لمكان أنأخذ الارش انما هو من جهة اسقاط المشتري حقه من خيار الرد وليس ذلك أكلا بالباطل .

ومنها : أنه لاريب في ثبوت تخيير المشتري بين الرد والارش بالعيب السابق على العقد ، فحيث ثبت ذلك بالنص والاجماع فكذلك ثبوت ذلك فيما نزّله الشارع بمنزلته أعني حدوث العيب قبل القبض ، فان حدوث العيب قبل القبض مساو لحدوثه قبل العقد في المضمونية والسببية ، كما أنه موجب للارش كذلك ما هو بمنزلته شرعاً .

هذه جملة من الوجوه التي يستدل بها على ثبوت الارش وان كان يرجع بعضها الى بعض ، والقدر الجامع هو مضمونية العيب الحادث قبل القبض ، فيمكن المناقشة : أن المضمونية انما تقتضي جواز الرد لا الارش ، الا أن الظاهر من الضمان بضميمة كلمات الاصحاب على نحو ضمانه قبل العقد فكما أنه يوجب الارش هناك كذلك هاهنا ، مضافاً الى استفادة ذلك من النص المذكور أعني قوله عليه السلام : ويصير المبيع له . على التقريب المتقدم فحينئذ الاقوى في النظر هو ثبوت الارش أيضاً فثبت الخيار للمشتري بسبب العيب الجاري قبل القبض رداً وأرشاً أما الرد فللاجماع المذكور وأما الارش فلظهوره في النظر للوجوه المتقدمة والخبر المذكور .

لايقال أن الاجماع اذا قام على أن التعيّب سبب للرد واذا دل دليل آخر من الخبر وغيره على أنه سبب للارش يصير منافياً له فلابد من أعمال قاعدة التعارض أو التزاحم ، فان كانا من قبيل تعارض الدليلين بعد التساوي لابد من الرجوع الى الاصول والقواعد الاخر ، وان كانا من قبيل التزاحم فيتساقطان . لانا نقول: نعم القاعدة في تعارض الدليلين هو الترجيح والا الرجوع الى أصل آخر ، وفي التزاحم التساقط كما اذا أوجد الوكيلان في زمان واحد عقد النكاح لامرأة واحدة لشخصين أو عقد البيع لمشتريين مثلا ، فكلاهما يتزاحمان ويتساقطان عن التأثير ، وفي تزاحم التكليفين التخيير كما في انقاذ الغريق ، وميزانه تساوي اندراج الفردين

تحت عام واحد كقوله : انقذ الغريق بخلاف تزاحم الاسباب ، لان تأثير السببين المتنافيين في الواقع غير ممكن وأحدهما دون الاخر ترجيح بلامرجح ، وكون تأثير أحدهما مراعى لاختيار الموكل كما في المثال المذكور لامعنى له ، فلابد من الحكم بفساد كلا السببين كما قرر في محله .

ولكن بنائهم في الحقوق خلاف ذلك، حيث اذا كان التزاحم في الحقوق يحكمون بالتخيير، كما اذا أتلف الاجنبي المبيع قبل قبض المشتري فيحكمون بتخيير المشتري بالرجوع الى البائع وأخذ ثمنه بقاعدة (كل مبيع تلف قبل قبضه) فينفسخ العقد وبالرجوع الى المتلف بقاعدة (من أتلف) فيأخذ المثل أو القيمة منه . وكذلك غير ذلك من سائر موارد الحقوق حيث اذا حصل التزاحم والتعارض فالعمل من الفقهاء التخيير وان كان مقتضى القاعدة الاولية على ما هو الظاهر هو التساقط ، الا أن الوجه في ذلك لعله من ارجاع ذلك الى تزاحم التكليفين ، وفي ذلك بيان آخر فليراجع الى محله .

والمقصود في المقام هو أن سببية التعيب للرد والارش من هذا القبيل ، حيث دل الدليل على سببيته للرد والاخر على سببيته للارش ، ومعلوم أن الارش مناف مع الرد ولا يجتمع الرد مع الارش فيحصل التنافي في مفاد سبب الاخذ. وحيث أن المقام من الحقوق احتمل الحكم بالتخيير الذي هو المرجع عند تزاحم الحقين وغاية الامر التزاحم هنا بين المفادين بسبب واحد وهناك بين السببين وليس ما نحن فيه من قبيل افطار صوم رمضان حيث يحكم بالتخيير بملاحظة تعارض الدليلين: ان أفطرت أعتق وان أفطرت أطعم مثلا، لانهما حكمان في موضوع واحد فمع وحدة التكليف لايتعارضان حيث قلنا بتعينهما فيحكم بالتخيير لئلا يطرح ويرتفع التنافي .

وأما في المقام: الدليلان ناظران الى حال التعيب فأحدهما يدل على سببيته

للرد والاخر على سببيته للارش ومعلوم التنافي انما هو في اقتضاء شيء واحد للمفادين المتضادين ، وهذا غير معقول الا أن يحمل على التخيير بين الرد والارش كما هو مذهب الاكثر .

هذا كله في حكم التعيب قبل القبض ، وأما تعيبه في زمان الخيار فهل هو أيضاً موجب للرد أم لا ؟ فيه خلاف، خيرة الاكثر ، منهم الشهيدان والمحقق الثاني أن له الرد بالعيب الحادث فيكون له الرد من جهتين أحدهما خيار الحيوان أو المجلس أو الشرط مثلا وثانيهما خيار العيب الحادث في زمان الخيار ، فلامانع منه لجواز تعدد علل الشرع في شيء واحد وهو الرد لانهما من قبيل المعرفات وتظهر الفائدة من تعدد خيار الرد في الاسقاط وفي بقاء خيار العيب بعد انقضاء الثلاثة أو المجلس مثلا ، والدليل على كونه سبباً للرد بالاستقلال هو مضمونية العيب الحادث في زمان الخيار على البائع حيث أن كلمات الاصحاب ونصوص الاخبار متفقة على ضمان كل حدث من التلف والعيب الحاصلين في زمان خيار المشتري كخيار الحيوان وغيره من الخيار المختص بالبائع .

والحاصل : ان ضمان التعيب لما كان مسلماً عندهم كما أن استلزام الضمان للرد والارش كأنه مسلم عندهم، فلذلك ذهب الاكثر الى تخيير المشتري بسببه بين الرد والارش كما صرح به بعضهم بأن له الارش .

هذا ولكن فيه ما لايخفى من الضعف لان المضمونية في العيب الحادث لا تقتضي ثبوت الرد بسبب العيب الحادث غاية الامر ان المضمونية لما كانت مسلمة حيث ساعدت عليها الاخبار ، فتقتضي ثبوت الارش فقط لانه عوض الجزء الفائت ولامعنى لكون الجزء مضموناً الا بثبوت أرشه . وأما كونه سبباً للرد أيضاً كما ذهب اليه الشهيدان فلا ، لعدم الملازمة بينهما كما أورد الشهيد الثاني عليه حيث علل في «الروضة» بأن الاقرب جواز الرد بالعيب الحادث أيضاً بقوله : بكونه مضموناً الخ .

وخيـرة المحقق المحكي عنه في الدرس وعن ظاهر عبـارة « الشرائع » أنه لايوجب الرد لاصالة اللزوم وعدم ما يصلح أن يكون دليلا على كون العيب الحادث موجباً للرد الا ما دل على أن التلف في الثلاثة أو في زمان الخيار مثلا من مال البائع مع الحاق العيب به وان كان يفرّق بينهما بأن في صورة التلف ينفسخ العقد دون صورة التعيّب ، فيكون حينئذ معنى كون التعيب من البـائع غرامته عليه فعلا ان قلنا بثبوت الارش . أو أنه اذا فسخ المشتري بخياره الذي هو خيار الحيوان أو خيار الغبن مثلا تستقر غرامة العيب على البائع ان لم نقل بالارش وهذا لايدل على أنه يرد المعيب بالعيب الحادث .

والحاصل: أنضمانية المبيع لاتوجب كون العيب سبباً للرد كما أنه لاتوجب الارش له حسب ماقواه في «الشرائع» . وبذلك ينسب المنافاة بين ما حكي عن درس المحقق وبين عبارة «الشرائع» . ثم ان وجه المنافاة بين المحكي عـن درسه وعبارته في«الشرائع» يقررعلى وجوه ثلاثة :

أحدها: مايستفاد من الشهيدين أن حكمه فيالدرس بعدم الرد ينافي حكمه في« الشرائع » بأنالحدثفيالثلاثة من مالالبائع مع حكمه بعدم الارش ، فانه لما حكم بالضمان وحكم بعد بلافصل بعدمالارش لزمه القول بثبوت الردبالعيب الحـادث ، اذ لا معنى لضمان البائع الاجواز الرد أو أخذ الارش فاذا حكـم بالضمانمععدم الارش لزمه القول بالردكما أنه اذا حكم في الدرس بعدم الرد لزمه أن لايقول بالضمان مع عدم الارش .

وثانيها : مايستفاد من شيخنا العلامة الانصاري «قده» من أن ضمان المبيـع موجب للرد ومقتضىله فحكمه بعدمالرد فيالدرس مناف لحكمه في«الشرائـع» بالضمان ، اذ مقتضى الضمان هو جـواز الرد والارش فكونه مضمونـاً موجب

لخيار الرد وهو مناف لما حكي عن الدرس من عدم الرد .

وثالثها : ما يستفاد من «الجواهر» من التنافي بين عدم الرد المحكي عن الدرس وبين عدم الارش ، لانه اذا كان الحدث من البائع، فاما أن يأخذ المشتري الارش أو يرد المبيع فاذا نفى أخذ الارش يتعين الرد . والمنقول في الدرس عدم الرد ، وبينهما منافاة فلذلك أراد «قده» نفي التنافي بأن المراد من كونه من مال البائع غرامته على البائع اذا فسخ المشتري فقبل الفسخ لارد ولاأرش[1] وهي كما ترى خلاف معنى الضمان وتقييد لما ثبت أن العيب من مال البائع .بل التحقيق أن يقال: أنه لما ثبت بالنص والاجماع أن الحدث في زمان الخيار من مال البائع ثبوت ضمان المبيع على البائع وأنه منه، ولماكان الاجماع قائماً على أن العيب لايوجب الانفساخ كتلف الكل تعين ثبوت الارش عليه اذ لامعنى لضمانه حينئذ الا أخذ الارش عوضاً عن الفائت .

وأما كونه موجباً للرد فلايساعد عليه الدليل . فاذاً الاقوى ماحكي عن درسه من عدم كون العيب الحادث موجباً للرد فلاينتقض ذلك بالرد بالعيب الحادث قبل القبض لاتحاد المدرك لمكان الاجماع حيث أن الرد بالعيب قبل القبض انما هو بالاجماع حسب ما عرفت ، وهو منتف في المقام . وأما الارش وان تردد فيه أيضاً في «الشرائع» الا أن الاقوى ثبوته في المقام للوجوه المذكورة في المسألة السابقة ، أعني في العيب الحادث قبل القبض لان العيب الحادث في الخيار كالحادث قبل القبض في الضمان على البائع فالكلام هو الكلام ، الا أنه ثبت بالاجماع جواز الرد هناك أيضاً دون المقام .

هذا كله حكم العيب الحادث في زمن الخيار ، وأما حكم التلف في زمن

---

(١) ولكن يرد على مارامه من نفى التنافى بين المحكى عن درسه وبين عبارته فى «الشرائع» بأن تقييد كون العيب من مال البائع بصورة فسخ المشترى .

الخيار فلم يتعرض أحد هنا فمن أن قاعدة (كل مبيع تلف في زمن الخيار فهو ممن لا خيار له) يقتضي انفساخ العقد والرجوع الى الثمن ومن أنه لاخلاف عندهم : (أذالتلف لايسقط الخيار) يقتضي بقاء الخيار للمشتري عند تلف المبيع فحيث لا يمكن الرد لمكان التلف يتعين عليه الارش كما هو حال خيار العيب ، فيحصل التعارض لان مقتضى القاعدة الاولى أخذ الثمن ومقتضى الثانية أخذ الارش فيحكم بالتخيير حينئذ بين الارش وأخذ الثمن من باب اعمال القاعدتين كما هو الحال عند تزاحم القاعدتين في الحقوق نظير تزاحم التكليفين كما سبق في المسألة السابقة .

هذا كله في بيان حكم العيب الحادث بالنسبة الى حد نفسه مع قطع النظر عن العيب السابق على العقد ، وقد عرفت أن العيب الحادث في المقام الاول ـ أعني ما اذا كان قبل القبض ـ موجب الردبسببه ، سواء كان المبيع صحيحاً أو معيباً وكذلك أنه موجب للارش وأما في المقام الثاني ـ أعني ما اذا حدث بعد القبض في زمان الخيار ـ فقد عرفت أن التحقيق عدم إيجابه للرد بسببه كما حكي عن درس المحقق. نعم له الرد بأصل الخيار لابسببه وله الارش لمكان مادل على ضمانه على البائع حتى يصير المبيع للمشترى ، ولا فرق في ذلك أيضاً بين كون المبيع صحيحاً أو معيباً ، غاية الامر أنه في صورة معيب المبيع قبل العقد يتعدد الخيار والارش ولابأس به وأما حكمه بالنسبة الى العيب السابق فهل هو مسقط للتشبّث بالخيار بالعيب السابق على العقد أم لا ؟ الظاهر أنه لاخلاف في كلا المقامين أنه لايسقط العيب الحادث الخيار الثابت بالعيب السابق لكون العيب الحادث قبل القبض وفي زمن الخيار غير مانع وغير مؤثر لانه مضمون على البائع حسبما عرفت فلايكون مؤثراً في رفع الخيار ، بل ادعى القطع في ذلك في المقام الاول في «الجواهر» .

أما المقام الثالث : أعني ماذا تعيب بعد زمن الخيار وبعد القبض . فالمشهور هو أن العيب الحادث بعد زمن الخيار وبعد القبض مانع عن الرد بالعيب السابق فتعين عليه الارش خلافاً ، فظاهر المفيد في «المقنعة» فيما لم يكن الحدث من المشتري حيث قال : فان لم يعلم بالعيب حتى حدث فيه عيب آخر كان له أرش العيب المتقدم دون الحادث ان اختار ذلك . وان اختار الرد كان له ذلك مالم يحدث فيه هو حدثاً ، وأما مخالفة الشيخ في الارش فهو ليس من جهة خصوص المقام ، بل الظاهر أنه من جهة اشتراط المطالبة بالارش على اليأس من الرد كما ذكر في أول المسألة مع جوابه بأنه مناف لاطلاق الخبر وكلمات الاصحاب .

وكيف كان ، فالكلام يقع تارة في موضوع العيب المبحوث عنه هنا وأخرى في الحكم . أما الاول : فالظاهر أنه ليس المراد من العيب الحادث المبحوث عنه في المقام هو العيب المصطلح بل المراد منه هو مطلق النقص حتى يعم الشركة والتبعض حسبما ذكره شيخنا العلامة الانصاري في الكتاب فيكون أعم من المغير وغير المغير ومن كونه موجباً للارش وعدمه ومن كونه عيباً اصطلاحياً وعدمه . والجامع أن يقال : المراد من العيب هنا لايخلو اما أن يكون اصطلاحياً كحدوث ماكان خارجاً عن خلقته الاصلية أو غيره ، وعلى الثاني اما أن يكون مغيراً كالصبغ والخياطة أو غير مغير كنسيان العبد الكتابة ، والدابة الطحن ، وكل منهما اما أن يوجب الارش أم لا فالمغير الموجب للارش كصبغ شيء أوخياطته اذا كان الصبغ والخياطة موجباً للنقص كبعض الأجناس الذي كان الصبغ والخياطة فيه أقل قيمة من عدمهما والمغير الغير الموجب له كصبغ ثوب باللون الذي تزيد به قيمته السوقية وغير المغير الموجب للارش كنسيان الدابة والعبد الطحن والكتابة والموجب له كالشركة وتبعض الصفقة ، فان الشركة والتبعض وان لم يكونا عيبين اصطلاحاً الا أنهما نقص في المبيع ، أما كون الشركة نقصاً فواضح ، بل حكي

عن المشهورعلى أنه لايوجب الارش أيضاً خلافاً لظاهرشيخنا العلامة في الكتاب وأما تبعض الصفقة فكونه نقصاً انما يحصل في بعض الموارد ، ولكن المعنون في كلامهم هو مطلقاً مانع عن الرد كما سيظهر لك ، هذا كله في موضوع العيب وقد عرفت أن المراد هو مطلق النقص هنا لا من جهة كونه عيباً فيتوجه الايراد حينئذ على شيخنا العلامة «قده» من جهة اندراجه تحت عنوان العيب كما أنه يتوجه على أن اندراج الشركة مما يوجب الارش .

وأما حكمه : فاستدل على كونه مانعاً عن الرد بوجوه ثلاثة :

أحدها : ماستدل به شيخنا العلامة الانصاري «قده» وهومرسلة جميل المتقدمة المشتملة على تقييد جواز الرد بما دامت العين باقية ، فهي بمفهومها تدل على عدم الرد عند عدم قيام العين ومجرد النقص وان لم يكن منافياً لصدق العين قائمة الا أنه يستفاد منه بقرينة تمثيل عدم قيام العين بقطع الثوب وخياطته وصبغه أن المراد من عدم قيام العين هو مطلق النقص وان لم يوجب الارش ضرورة أن بعض هذه الامثلة كالصبغ مثلا لايوجب الارش كما أنه لاينافي مع قيام العين ، فيستفاد من التمثيل أن المراد هو التغير والنقص .

فيه : أن مقابل قيام العين هوتلفها وانعدامها ولكن لما رأينا تمثيله في المرسلة بمثل القطع والصبغ علمنا أنه ليس المراد منه هو التلف والانعدام فيدور الامر حينئذ بقرينة التمثيل بين أن يكون المراد من قيام العين مايقابل تغير الاوصاف أو أن يكون منه مايقابل النقص وان لم تكن الاوصاف متغيرة ولا أولوية لارادة الثاني ـ أعني مطلق النقص ـ ولا تساعد عليه قرينة التمثيل بل الذي يصلح أن يكون قرينة له هوخصوص ماكانت الاوصاف متغيرة لحصول التغيرفي جميع تلك الامثلة الثلاثة ، فالتعدي منه الى صورة عدم التغير أيضاً ـ كما ترى ـ لاشاهد له بشيء ولايقتضيه الانصاف أيضاً فيما ذكره «قده» في آخر كلامه .

الا أن الانصاف أن المستفاد من التمثيل في الروايـة بالصبغ والخياطة هو اناطة الحكم بمطلق النقص فيصير على مقتضى انصافه نسيان العبد الكتابة والدابة الطحن مندرجاً بعنوان عـدم العين قائمة كما ترى لانا لم نجد مدركاً لما انصفه بل الانصاف هو عدم التعدي والاكتفاء بأقل مايستفاد من قرينة التمثيل من مدخلية تغير الاوصاف في الحكم ، فالمستفاد هو اناطة الحكم الى تغير الاوصاف سواء كان منقصياً أم لا كخصي العبد وصبغ الثوب . فحينئذ لايتـم الاستدلال ولايثبت من المرسلة عدم جواز الرد بمثل الشركـة والتبعض ونسيان الدابة وغيرهـا مما يدخل بعنوان مطلق النقص من غير تغير الاوصاف .

وثانيها : ماستدل بـه العلامة « قده » في « التذكرة » وحاصله : أن العيب الحادث نقص في المبيع فلو رده المشتري بالعيب السابق الى البائع يلزم تحمله لهذا النقص الحاصل بالعيب الحادث فالزامه بهذا التحمل ليس بأولى مـن الزام المشتري على التحمل بالعيب السابق ، بعبارة أخرى : أن تحمل المشتري للمبيع ضرر عليه بالعيب السابق ورده الى البائع وتحمله لـه ضرر على البائع بالعيب الحادث ولا أولوية لاحدهما على الاخر ، والمحكي عن «التذكرة» هذا المقدار .

وهو كما تـرى قاصر عـن افادة المدعى ، لان أقصى ماذكره هـو تعارض الضررين وعدم أولوية تحمل أحدهما على الاخر ، وهذا لايدل على مانعية العيب الحادث وسقوط خيار المشتري ، بـل المرجع بعد تعارضهما هـو الرجوع الى أصل آخر من العمومات أو أصالة اللزوم أو الاستصحاب حسبما يقتضيه المقام . والاولان ليس لهما سبيل في المقام ، فتعين الثالث .

فلذلك أجاب عنه شيخنا العلامة «قده» بأن المرجع بعد عدم الاولوية مـن أحد الطرفين الى أصالة ثبوت الخيار لا لعموم (أوفوا) لما عرفت مراراً أنه ليس له عموم أزماني ، فلا يرجع اليه في فرد اذا خرج عن تحته ، بل الحكم في هذا

الفرد هو الرجوع الى حكم الخاص لا الى حكم العام ، ولا الى أصالة اللزوم ، لان استصحاب الخيار سببي حاكم عليه ، فيتعين بحكم الاستصحاب عدم سقوط خيار المشتري ، لانه المرجع عند التعارض . نعم له اشكال آخريجري فيجميع موارد استصحاب الخيار وهو الشك في المقتضى ولاربط له بخصوصية المقام .

وثالثها : ماذكره شيخنا العلامة الانصاري « قده » وهو يتم اذا كان دليلخيار الرد منحصراً بقاعدة لا ضرر ، بتقريب أن يقال : أن الصبر على المبيع المعيب ضرر على المشترى ، فمقتضى نفي الضرر رده على البائع بالعيب السابق على العقد ، لان رد المبيع المعيب بالعيب القديم تدارك لضرره ، وأما اذا كان رده موجباً للضرر ـ بسبب العيب الحادث ـ على البائع ، فلا تقتضي قاعدة الضرار رده ، لان تدارك الضرر على المشتري لايتدارك بالضرر على البائع ، لان رده على البائع والزامه على تحمل المبيع ضرر عليه أيضاً لمكان العيب الحادث في زمان ضمانالمشتري . فتحصل : أنه اذا حدث في المبيع المعيب بالعيب القديم عيب جديد بعد زمان الخيار والقبض لامقتضى للرد .

وهذاكما ترى حسن، الا أن دليل الرد ليس بمنحصر بقاعدة نفي الضرار، بل العمدةكما ذكره «قده» فيدليل الرد هو النص والاجماع. وكيف كان ، انت خبير بان مقتضى النص والاجماع ليس عدم جواز الردكما عرفت بأن المستفاد منالنص اناطة الحكم علىتغير الاوصاف ولا اطلاق للاجماع أيضاً بحيث يشمل لصورة العيب الحادث ، فحينئذ المحكم هو استصحاب الخيار فيما لم يحصل التغير بالعيب الحادثكموارد مطلق النقص من الشركة والتبعض ونسيانالكتابة والطحن وأمثال ذلك ، فما في «القواعد » ـ لوكان العبدكاتباً أو صائغاً فنسيه عند المشتري لم يكن له الرد بالسابق ـ ووجّهه في«الجواهر» بقوله : ولعله لان نسيان العبد الصنعة عيب أو أنه تغير للعين تغييراً يمنع من ردها ، ومثله نسيان

الدابة الطحن. انتهى . بل مقتضى القاعدة الاولية عدم سقوط الرد مطلقاً ولو كان مغيراً ، الا أن الاجماع والمستفاد من النص يقتضيان السقوط في المغير ، فيتعين على المشتري أخذ الارش ان امتنع البائع من قبول الرد قولا واحداً بلاخلاف حتى من الشيخ .

وأما لو لم يمتنع البائع من القبول ورضي ، وتسامح بالعيب الحادث ، فكذلك أيضاً ، بمعنى أن للمشتري أيضاً الزامه بالارش، الا أنه مقتضى المحكي عن «التحرير» و«الدروس» مخالفة الشيخ بوجوب الارش على البائع لورضي القبول، وعلى تقدير ما فهماه من الشيخ الخلاف في الارش حينئذ ضعفه في «الجواهر» للاصل واطلاق الادلة والاجماع السابق المعتضد بفتاوى الاصحاب .

قال في محكي «الخلاف» : الاجماع والاخبار على أنه ليس له رده عند حدوث عيب غير مضمون على البائع الا أن يرضى البائع، بأن يقبله ناقصاً فيكون له ــ أي للمشتري ــ رده وأنه يكون له الارش ان امتنع البائع من قبوله معيباً .

وعن موضع من «المبسوط» : اذا باع عبداً وقطع طرفاً من أطرافه عند المشتري ثم وجد به عيباً قديماً ، سقط حكم الرد اجماعاً ووجب الارش . وعنه أيضاً نفي الخلاف عن أن له الارش اذا امتنع البائع من قبوله، ففي «الجواهر»: لعل مراده من الشرط أن له الرد ان أراده اذا لم يمتنع البائع من قبوله لانفي الارش حينئذ وان اختاره في «التحرير» و«الدروس» المخالفة للشيخ .

هنا فروع : أحدها: في أنه هل العيب الحادث الزائل بسرعة أو بطؤ كالعيب الحادث الباقي في مانعيته عن الرد أم لا ، قال في «التذكرة» أن العيب المتجدد مانع من الرد بالعيب السابق سواء زال أم لا . وقال في «التحرير» خلافه بقوله: لوزال العيب الحادث عند المشتري ولم يكن سببه كان له الرد والارش عليه ، الخ .

واستدل على عدم الفرق بأن الخيار قد زال بالعيب الحادث بمقتضى خبر المرسلة ، والزائل لايعود . واستدل شيخنا العلامة الانصاري « قده » بالفرق بأن الممنوع هو رده معيوباً لاجل تضرر البائع وضمان المشتري لما يحدث والمفروض زوالهما ، والمحكي عن صاحب « الانوار » أن الوجهين مبنيان على أن المراد من مرسلة جميل قيام المبيع بعينه استمرار القيام بعينه الى حين الرد فيكون اللازم حينئذ سقوط الخيار أو المراد قيامها بعينها حين الرد فيبقى الخيار ، فتأمل .

وثانيها : قد عرفت أن المراد من العيب هنا هو مطلق النقص لاخصوص العيب الشرعي الذي يراد منه خصوص مازاد أو نقص عن أصل الخلقة ، ولذلك تعد الشركة والتبعض ونسيان الطحن من العيوب المانعة حيث أنه لافرق في حصول العيب بما حصل العيب قبل رد المشتري بالعيب القديم كالنسيان وأمثاله أو حصل بنفس الرد كالشركة والتبعض ، فلذلك نسب شيخنا العلامة الانصاري الى ظاهر « التذكرة » و« الدروس » ان من العيب المانع من الرد تبعض الصفقة على البائع ضرورة أن التبعض على البائع ليس من العيب الحادث في المبيع قبل رده بل انما هو يحدث بنفس الرد .

وكيف كان ، مانعية التبعض أو الشركة عن الرد اجماعي في الجملة، وان كان الخلاف في بعض الصور أيضاً حسب ما ستسمعه . وأما مانعيته من جهة كون التبعض عيباً على الاطلاق ولو بالمعنى المراد هاهنا ـ أعني مطلق النقص ـ فلم نجد مصرحاً بذلك ، عدا المحكي عن « التذكرة » و « الدروس » والا ، كلمات الاصحاب غير مشتملة على أن التبعض مانع عن الرد من جهة كونه عيباً أو نقصاً بل يستدل على مانعيته بوجوه أخر سواء كان التبعض منقصاً أم لا ، فان التبعض قد يكون نقصاً وقد لايكون ، وحيث أن مانعيته ليس من جهة كونه عيباً ونقصاً يظهر لك عدم الفرق في الحكم بين ما ينقصه التفريق كمصراعي الباب ، وبين

ما لا ينقصه كالغنم والبقر مثلا اذا كانا مبيعين بصفقة واحدة .

وبالجملة أن المسألة معنونة في هذا المقام ، لابأس بتوضيح الكلام: فنقول: ان التعدد والتبعض اما يحصل في المبيع أو في ثمنه واما في المشتري واما في البائع ، فالاول: كما اذا ابتاع شيئين صفقة من بائع ومالك واحد بثمن واحد ثم علم بعيب في أحدهما .

ومثله في حصول التبعض ما لو باع شيئاً بشيئين فظهر في أحدهما العيب ، فلو أراد البائع رد المعيب من الشيئين الذين وقعا عوضاً للمبيع في عقد واحد لزم التبعض في الثمن .

ومن ذلك يظهر لك ما في كتاب شيخنا العلامة الانصاري « قده » من الاختلال في مواضع ، منها : قوله : كما اذا اشترى شيئاً واحداً ، فان وحدة المبيع خارجة عن عنوان الكلام ، لانه لاسبيل للتبعض فيه ، لانه لايقال في المبيع الواحد بعضه صحيح وبعضه معيب ولا يمكن رد خصوص معيبه الا بالقطع ، كما يشاهد ذلك في مثل الغنم ، فان العيب اذا كان في بعض عضوه ومثل الثواب اذا كان في بعض طرفه ، فلايمكن رد المعيب منهما الا بتصرف من القطع وغيره. ومفروض المسألة ـ فيما لم يلزم من رد المعيب الا التبعض في الصفقة وحده ـ لعله سهو من قلم الناسخ كقوله : (من مشتر واحد) بدلا من (بائع واحد) .

ومنها قوله: وأما التعدد في الثمن بأن يشتري شيئاً واحداً بعضه بثمن وبعضه الاخر بثمن آخر، فلا اشكال في كون هذا عقدين . كأنه « قده » أراد التفرقة بين تعدد الثمن وبين تعدد المثمن .

وأنت خبير ، ان كان المراد من التعدد في الثمن تعدد كونه عوضاً بحسب ما وقع عليه العقد ، فصدق عنوان الثمن المدخول عليه الباء بقوله : بعت هذا بهذا على كل واحد من الشيئين لا اشكال في أنه يوجب التعدد في العقد بل لايحصل

هذا التعدد في الثمن الا أن يحصل التعدد في العقد ، ولافرق في ذلك المثمن أيضاً ، فان التعدد فيه على عنوان كونه معوضاً بعوض مستقل لا يحصل الا بتعدد العقد .

وان كان المراد من التعدد هو التعدد الخارجي الظاهري ، بأن وقع العقد على الشيئين المتعددين كالغنم والبقر بعنوان أنهما مبيعاً واحداً ومعوضاً بعوض فمثل ذلك التعدد يتصور في الثمن أيضاً ، بأن وقع بيع الشيء الواحد أو الشيئين في مقابل الشيئين كدرهم ودينار ، فان الدرهم والدينار معاً ثمن واحد ، فلو ظهر العيب في أحدهما ، فرده يوجب التبعض في الثمن من دون تعدد العقد .

والحاصل : أنا لانجد الفرق بين الثمن والمثمن في حصول التبعض والتعدد فيهما أو في العقد ، وكلما فرض في تعدد أحدهما التعدد في العقد كذلك يفرض في الاخر ، نظير ذلك طابق النعل بالنعل الا أن يكون مراده « قده » من قوله : وأما التعدد في الثمن ليس ابداء التفرقة بين الثمن والمثمن ، بل غرضه « قده » الاشارة الى التفرقة في انحاء التعدد ، فان التعدد قد يكون بمثل ما قال بعضه بثمن وبعضه الاخر بثمن آخر ، فانه من المعلوم هذا التعدد في الثمن يوجب التعدد في العقد من غير اشكال في كون هذا عقدين . وقد يكون التعدد في الخارج كالدرهم والدينار ، ولكنهما وقعا ثمناً في مقابل المثمن ، فلايوجب ذلك التعدد في العقد ، فيحصل التبعض في رد أحدهما دون الاخر . وهذا هو المراد من قوله : وكذا لو باع شيئاً بثمن فظهر بعض الثمن معيباً والا فلافرق بين الثمن والمثمن ، فان التعدد بكلا قسميه يجييء في المثمن أيضاً .

ومنها قوله « قده » : لان المردود انكان جزءاً مشاعاً من المبيع الواحد فهو ناقص من حيث حدوث الشركة (الخ) . فان المقصود من التعليل عدم

جواز التبعيض بين الصحيح والمعيب وأنت خبير بأنه يلزم من رد الجزءالمشاع التبعيض بين الصحيح والمعيب، فان ثبوت المعيب في الجزء المشاع غير متصور.

وكيف كان، فهنا ثلاثة صور لابد من التكلم في حكمها : التبعض في المبيع وفي المشتري وفي البائع :

الصورة الاولى : فلاخلاف في عدم التبعض برد المعيب منفرداً فيما رأينا من كتب الاصحاب، بل في « الغنية » و « الخلاف » الاجماع عليه، ومع ذلك يستدل على ذلك بوجوه :

الوجه الاول : أن رد المعيب خاصة تبعض في المبيع ونقص فيه، فيوجب التضرر على البائع فهو منفي بقاعدة نفي الضرار . أورد عليه في «الجواهر» بأنه يمكن جبره بتسلط البائع على الخيار حينئذ، فله فسخ العقد واسترداد الصحيح كي يجتمع عنده تمام المبيع الصحيح والمعيب معاً .

وضعّفه شيخنا العلامة الانصاري « قده » بأن خيار البائع وسلطنته على استرداد الجزء الصحيح يوجب الضرر على المشتري، اذ قد يتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح، فيتعارضان ولا أولوية .

ثم قال في آخر كلامه : منع سلطنة المشتري على الرد أولا أولى من اثبات السلطنة له ثم سلبها عنه ولا أقل من التساوي فيرجع الى أصالة اللزوم .

ولعل وجه الاولوية فيما لوقلنا بمنع سلطنته على الرد أولا عدم لزوم الضرر لا عليه ولا على البائع حتى يقال بتداركه بخيار البائع أما على البائع فواضح وأما عليه فلمكان خياره برد الكل أوأن منع سلطنته على الرد موافق لاصالة اللزوم ولا دليل على سلطنته على رد المعيب خاصة من أول الامر لان المتيقن من ايجاب التعيب انماهو خياره وسلطنته على رد الكل لا على سلطنته على رد المعيب خاصة .

هذا ، ولكن يدفعه بأن الضرر على المشتري بتعلق غرضه بامساك الجزء الصحيح لاعبرة به بعد ثبوت الخيار له بين امساك الكل ورد الكل .

وقوله « قده » في آخر كلامه مرجع جواز الرد منفرداً الى اثبات سلطنته على امساك الصحيح ثم سلب سلطنته عنه بخيار البائع كلام لانتحاشى عنه بعد المشي على مقتضى القواعد فاللازم المشي على ما اقتضاه الدليل وان يلزم من جواز امساكه الجزء الصحيح عدم قدرته على امساكه بعد خيار البائع وفسخه واسترداده للجزء الصحيح أيضاً وليس في ذلك محذور ولاتال فاسد .

هذا نعم قد يناقش في ضررية أصل التبعض والتفريق فان المفروض أن المبيع هو الشيئان كالغنم والبقر أو الثوب والفرس فهل تجد في نفسك ان تفريق أحدهما عن الاخر ضرر أو نقص فيه ، ضرورة أن انضمام الغنم للبقر والثوب للفرس مثلا في مقام البيع لايوجب مزيدقيمة لاحدهما عن قيمته على حالة انفراده فكيف يوجب تفريقه نقصاً وضرراً على البائع نعم يلزم في بعض الاوقات في أمثال مصراعي الباب ، لكن الحكم عام في كلمات الفقهاء بين ما ينقصه التفريق وعدمه .

الوجه الثاني : ما ذكره في «الكتاب» من دلالة النص أعني مرسلة الجميل عليه بتقريب أن دلالته على المانعية عن الرد انما هو من جهة مطلق النقص فيشمل التبعض والشركة أيضاً كمايشهد بذلك مثال الصبغ والخياطة لامجرد التغيير ولو لم يكن نقصاً كما يشهد بذلك مانعية السمن .

وفيه : ما عرفت من عدم استفادة النقص الذي لايشوبه التغير أصلا من النص بل لابد للتعدي من مورد المثال الى غيره من حصول التغير كالصبغ والخياطة ، فانهما وان كان يطلق على كل منهما قائماً بعينه الا أن التمثيل بهما لمقابل القائم بعينه يكشف عن أن المراد هو التغير ولو بمثل القطع والصبغ والخياطة وعدم

مانعية السمن على اطلاقه ممنوع وفي بعض الاخر خروج بالاجماع .

وحيث لايجوز التعدي الى مورد عدم حصول التغير لاوجه للقول بمانعية مثل الشركة والتبعض من جهة النص لعدم دلالته عليه حسبما عرفت .

الوجه الثالث: مااعتمده في «الجواهر» من أن الخيار حق يتعلق بمجموع المبيع لا في كل جزء منه ، لان الثابت من الادلة هو هذا المقدار فلا يجوز الخيار في كل جزء جزء ولا أقل من الشك فيرجع الى أصالة اللزوم بالنسبة الى رد الابعاض والاجزاء ، فلايجوز للمشتري حينئذ رد المعيب خاصة لانه بعض من المبيع ، فالاصل اللزوم .

وقد أجاب عنه في «الكتاب» أولا : بأنه منقوض بصورة رضاء البائع، فانه لو لم يكن للمشتري خيار في البعض لما ينفعه رضاء البائع لعدم مقتضى لخياره في رد المعيب خاصة حينئذ .

وثانياً : أنه لا اشكال في ظهور الادلة وصراحتها على ثبوت حق الخيار لمجموع المبيع ، ولكنه اذا كان المبيع واحداً ، وأما اذا كان المبيع شيئين متعددين أحدهما معيباً والاخر صحيحاً، فثبوته لمجموعه لا غير ـ حينئذ ـ محل منع واشكال، للشك في أن محل الخيار في صورة تعدد المبيع هو الشيء المعيب غاية الامر يجوز معه رد الاخر أيضاً بأحد الامور الثلاثة : من عدم لزوم تبعض الصفقة ، ومن قيام الاجماع على جوازه ، ومن صدق المعيوب على مجموع المبيع أيضاً .

أو أن محله هو مجموع الشيئين الذين وقع العقد عليهما وصارا مبيعاً واحداً، فالمسلم من ظهور الادلة الدالة على تعلق حق الخيار لمجموع المبيع الذي هو تمام ماوقع عليه انما هو اذا كان المبيع واحداً عرفياً المتصف بالعيب .

وأما اذا كان شيئين كالغنم والبقر، بحيث يتصف أحدهما بالعيب دون الاخر

فيخرج عن مشمول ظهور الادلة، بل يمكن القول باختصاص الخيار في خصوص المتصف بالعيب كما هو كذلك في خيار الحيوان فان المبيع اذا كان متعدداً أحدهما حيواناً دون الاخر ، فالثابت من الخيار انما هو في خصوص الحيوان الذي هو بعض ما وقع عليه العقد .

ولكن القول بذلك يحتاج الى ورود دليل معتبر وهو في الحيوان ثابت اما لظهور أخباره في ذلك أو لقيام الاجماع هناك ، ولكنه منتف في المقام ، أما الاجماع فواضح، بل الاجماع على العدم هنا كما سمعت من «الغنية» و«الخلاف»، وأما الاخبار ، فممنوعة ولاأقل من الشك . فاذاً المرجع هو أصالة اللزوم ولا محيص عنه ، وبضميمة عدم الخلاف وظهور الاجماع يتم المطلب .

هذا ، ولكن لايخفى عليك أن ظاهرهم هنا الاجماع على عدم تبعض الصفقة الا أنه قد يظهر الخلاف في الصرف في بيع الدراهم بدراهم ، فظهر العيب في بعضها من دون اختلاف الجنس كخشونة الجوهر واضطراب السكة .

قال في «المسالك»: وان كان ـ أي العيب ـ مختصاً بالبعض تخير أيضاً بين رد الجميع وامساكه ، وهل له رد المبيع وحده ؟ قيل : لا ، لافضائه الى تبعض الصفقة على الاخر فيمنع منهما كما لو كان بأجمعه معيباً فان كل جزء منه موجب للخيار وبه قطع المصنف وجماعة .

وقيل : له الاقتصار على رد المعيب ، لانتقال الصحيح بالبيع وثبوت الخيار في الباقي لعارض العيب لايوجب فسخ البيع فيه ، ورجحه في «التذكرة» الخ.

وقال في «الجواهر» ـ في شرح قول المصنف «قده» ـ (وليس له رد المعيب وحده) الخ : لو فرض أن المعيب البعض لتبعض الصفقة وفيه البحث السابق، بل عن الشيخ وابن حمزة والفاضل التصريح هنا بأن له ذلك ، وان كان ظاهرهم ـ في بحث العيب ـ الاجماع على عدمه ، ولم يظهر وجه للفرق ، فلاحظ وتأمل.

الصورة الثانية : ــ وهي صورة تعدد المشتري ــ كما قال فـي «الشرائع» وكذا ــ أي في عدم جواز الاختلاف ــ لو اشترى اثنان شيئاً. وزاد في «الجواهر»: متحداً أو متعدداً على جهة الشركة فيهما بثمن كذلك . وظاهره وصريح شرحه أن موضوع المسألة هو الاعم ، سواء كان المبيع واحداً أو متعدداً ، فـان جهة البحث انما هو جهة تعدد المشتريين كما هو ظاهر القواعد أيضاً ، حيث قال بعد المسألة الاولى أعني ولو ابتاع شيئين وليس للمشتريين صفقة الاختلاف فيطلب أحدهما الارش والاخر الرد .

ولكن ظاهر شيخنا العلامة الانصاري «قده» من تقييد المثال بقوله : (بأن اشتريا شيئاً واحداً بالوحدة من دون انضمام التعدد) هو ما كان المبيع شيئاً واحداً في مورد النزاع. ولكن الحق هو الاعم ، لان جهة البحث مسوقة الى أن تعدد المشتري هل يوجب الاختلاف في الصفقة أم لا ؟

وهذا لافرق بين كون المبيع شيئاً واحداً أو متعدداً . ثم انه قـد يقال بابتناء المسألة في جواز الاختلاف الى وحدة العقد وتعدده ، بمعنى أنه من جهة تعدد المشتري هل يتعدد العقد أيضاً حتى يجوز الاختلاف أم لا، حتى لايجوز؟ ، ولكن الاولى ابتناؤها على شيء آخر وان قلنا بعدم ارجاع التعدد في المشتري الى التعدد في العقد حتى تجيء الاقوال والاختلاف مع القول بوحدة العقد أيضاً ، وهو أن العقد الواحد هل يقبل التبعض في الفسخ كما أنه يقبل التبعض في الثبوت أم لا ؟

وظاهر أكثر المحققين في بعض المسائل السابقة أن العقد الواحد أمر بسيط وحداني لايقبل التبعض في الحل والفسخ فان النقل والانتقال في العوضين انما حصل بسبب انشاء واحد ، وهو أمر بسيط لايتعقل حله بأن يتبعض ذلك الانشاء بفسخ في بعض المبيع ويبقى في بعضه الاخر ، ولايلزم ذلك التبعض في جانب

الثبوت ، كبيع ما يملك وما لايملك فانه وان حصل التبعض في النقل والانتقال بين المملوك وغير المملوك ولكنه لايتبعض نفس الانشاء لان غاية الامر الانشاء أمر واحد بسيط يؤثر في مورد قابل وهو ما اجتمع شرائطه ولايؤثر في غيره .

ولعلنا قوينا ذلك القول في الزمان السابق في بحث أوائل الخيار . ولكن يدفعه ظهور الاجماع على جواز التبعض في العقد الواحد أيضاً الحاصل من موارد ثلاثة :

أحدها : جواز الاقالة في بعض ماوقع عليه ، مع أنها فسخ عندنا لاطلاق أدلتها وعدم الخلاف فيه عدا ما حكاه الشهيد عن ابن المتوج : اذا اتحد البائع والمشتري والعقد ، فان الاقالة لاتصح الافي الكل دون البعض . راداً عليه : بأن المنقول خلافه بل ضعفه واضح ، ودعوى عدم معقولية الفسخ في التبعض دون البعض غير مسموعة .

وثانيها : جواز الفسخ في البعض مع التراضي بينهما ، فانه لم يعهد منهم خلاف في ذلك كما علله العلامة «قده» بأن الحق لايعد وهماً ، فلو كان أمراً غير معقول لما ينفعه التراضي .

وثالثها : جواز الفسخ في بعض المبيع اذا اشترط في ضمن العقد ـ فالظاهر انه اجماعي ، بأن يبيع الشيئين بشرط ثبوت خيار الفسخ في أحدهما اذا شاء ـ كما فصل في بحث شرط الخيار برد الثمن ، فراجع ـ .

فان قلت : كيف يجتمع ذلك مع عدم معقولية التبعض في الامر البسيط الوحداني ؟

قلت : التحقيق الذي يجيء في النظر الان ـ وان كان تخريباً لما سبق ـ أن يقال : أن الفسخ ايقاع وانشاء لتبدل العوضين الى مكانه السابق ، ولانظر له بحل انشاء العقد حتى يقال أنه أمر بسيط لايتبعض بل الانشاء العقدي على حاله وانما حصل

انشاء آخر لعود العوضين الى الملكية السابقة ، وهذا قديكون فيتمام العوضين وقديكون في بعضهما ولايلزم من ذلك عدم المعقولية .

نعم يتوقف ذلك على دليل من الشرع يدل على تأثيرذلك في التبدل ، فمتى دل الدليل على جواز الفسخ في الكل أو في البعض لايلزم منه محذور أصلا ، ولايلزم من ذلك كون الفسخ والاقالة من العقود أيضاً، كما عليه المخالفون لانه حينئذ ليس من العقدالذي يتوقف علىالطرفين بل هو ايقاع وانشاء منطرف واحد فيؤثر أثره في كل مورد قابل اذا اجتمعت شرائط التأثير كنفس العقد في جانب الثبوت فاذا فسخ الكل فيؤثر في التبدل اذا جعله الشارع له كموارد الخيارالذي ثبت من جانب الشارع، فاذا فسخ البعض فكذلك أيضاً، كما فيصورة ردالمعيب وحدهدونالصحيح اذا ساعد عليه الدليل . فيؤثرفي تبدلخصوص المعيبلاجتماع الشرائط ، وأما الصحيح فيبقى على مقتضى العقدلعدم حصول الشرط أعنيرضاء ذي الحق ، فان المشتري اذااشترى شيئين، فظهر في أحدهما عيب ، وحيثتعلق غرضه برد المعيب و امساك الصحيح ، فله ذلك في مورد يساعده الدليل منغير طرو المحذور العقلي فتدبر .

فاتضح لكمن جميع ما ذكر أنجهةالكلام في المسألة هي اثنينية المشتري وتعدده مع وحدة البائع ، سواء اتحد المبيع أوتعددت عينه ، سواء قلنا بوحدة العقد حينئذ أوتعدده ، وسواء علم البائع تعدد المشتري أملا .

فنقول : لو اشترى المشتريان بعقد واحد من بائع واحد عيناً، واحدةكانت أومتعددة ، فهل لهما الاختلاف في الصفقة يردأحدهما نصيبه دون صاحبه أوليس لهما ذلك ، بل لابدلهماالاتفاق على الرد أوالامساك مع الارش، أويفصل بينعلم البائع بتعدد المشتري و جهله ؟ أقوال ثلاثة ، ذهب لكل جماعة ، و لكن هنا احتمالان آخران يحتملهما كلام الشيخ فيباب الشركة :

أحدهما : ما استظهره شيخنا العلامةالانصاري « قده » من كلامه من التفصيل بين كون القبول متعدداً حسب تعدد المشتري وبين كونه واحداً من اثنين ، فان تحقق القبول من كل من المشتريين و تعدد، فلا كلام في جواز الافتراق ، وأماإذا كان القبول واحداً ، كما اذا أوجد القبول أحد الشريكين مثلا فيفصل بين كون القبول في الواقع لاثنين أو لواحد ، أي قصد القابل أنه لاثنين فيجوز الافتراق وان قصد أنه لنفسه الواحد ، فلايجوز الافتراق بين الصحيح والمعيب من العيب.

وثانيهما : أن العبرة في الاختلاف هو تعددالقبول ، فان تعدد من المشتريين حقيقة فلاكلام في التبعض وان اتحد القبول منهما ـ بأن كان أحدهما وكيلا عن الاخر وجهان : من حيث أنه يعد مثل ذلك القبول متعدداً من جهة أن من انتقل اليه الملك و العوض متعدد و وقع القبول عنهما حقيقة ، و من أن القبول عبارة عن أحدطرفي العقد، والمفروض أنه واحد .

والتأمل في تمام كلامه يعطي الاحتمال الثاني ، فانه « قده » قال أولا : ولو اشترى المشتريان الشريكان عبداً، بمال الشركةفأصابابه عيباً، فلهما الرد والامساك وان أراد أحدهما الرد والاخر الامساك لهما ذلك أيضاً فيرد الذي يريد الردنصفه ويكون العبد مشتركاً بين البائع وبين الاخرالذي أراد الامساك .

ثم قال ـ بما حاصله ـ : ولو اشترى أحدهما للشركة ، فان لم يخبر البائع أنه قد اشتراه لنفسه ولشريكه لميكن لهالرد ، لان الظاهرأنه اشتراه لنفسهفيندرج في المسألة السابقة بأن كان البائع و المشتري واحداً فليس حينئذ للمشتري التبعيض . وان أخبر البائع بأن الشراء لهما ، فيه وجهان مبنيان على أن وحدة القبول وتعدده باعتبار من يقع الشراء له و انتقل الملك اليه أو باعتبار من يصدر عنه لفظة قبلت .

فان قلنا بالاول ـ كما هو الصحيح عنده ـ فيجوز الافتراق وانفرادأحدهما

بالرد لتعدد الشراء فيتعدد العقد . وان قلنا بالثاني ، فلا يجوز لوحده القبول ، فالعبرة وحدة القبول و تعدده فيصير في مفروض كلامه مورد النظر فان القبول الصادر من أحد الشريكين للشركة بالقياس الى أنه وقع لاثنين فيصير متعدداً . وبالقياس الى أنه صدرمن شخص واحد فيصير متحداً .

وكيف كان وقد صرح شيخنا العلامة « قده » في آخر كلامه الى هذا الوجه أيضاً بقوله ، فمبنى المسألة على مايظهر من كلام الشيخ على تعدد العقد بتعدد المشتري ووحدته، وهذا هو الذي تحتمله عبارته دون الاحتمال الاول الذي ذكرناه واحتمله « قده » من عبارة الشيخ في صدر كلامه .

هذا فنشرع في أدلة الاقوال : المشهور هو القول بالتوافق وعدم جواز اختلاف المشتريين في الصفقة ، فيستدل له بوجوه :

أحدها : لزوم التضرر بتبعض الصفقة للبائع وشركته مع المشتري الاخر ، وقدعرفت في المسألة السابقة امكان دفع ضرر التبعض والشركة بتداركها بخيار البائع حسبما سمعت .

وثانيها : ما اعتمده في « الجواهر » من انصراف أدلة ذلك الخيار الى غير صورة خيار أحد المشتريين ، فتخرج صورة تعدد المشتريين بتبعض أحدهما في الشقص وانفراده في التردد عن منصرف الادلة فيصير المرجع أصالة عدم الخيار .

فيه : أولا: أنه منقوض بما لورضي البائع بالتبعيض وخيار أحدهما بردنصيبه خاصة ، فانه لوكان خارجاً عن منصرف أخبار الخيار لماينفعه رضا البائع لعدم المقتضي حينئذ لخيار أحدهما نصيبه خاصة .

وثانياً :قوله:انصراف أدلته الى غيره ان كان المراد انصرافها الى غير فرض تعدد المشتريين ، ففيما تعدد المشتري لاتشمله أدلة خيار العيب ، فهو ممنوع بل لايقول

به أحد، وان كان المراد انصرافها الى غير صورة التبعض ، فهو مصادرة ، وأول الدعوى .

وثالثها : ماعتمده شيخنا العلامة الانصاري «قده» أن الثابت من الدليل الوارد في خيار العيب أنه حق واحد هنا متقوم باثنين ، فليس لكل منهما الاستقلال ، فيجب توافقهما في التثبت بالخيار ، فلا يجوز رد أحدهما وامساك الاخر . وهذا الوجه لعله المختار في مسألة كيفية استحقاق كل من الورثة للخيار اذا ورثهم الحق مورث واحد ، حيث ذكروا في كيفية استحقاقهم وجوهاً ثلاثة :

أحدها : استقلال كل منهم كمورثه في التثبت بالحق بحيث يكون لكل واحد منهم الفسخ وان خالفه الباقون .

وثانيها : استقلال كل منهم في نصيبه ، فلكل منهم الفسخ في حصته دون حصة الباقي .

وثالثها : استحقاق مجموع الورثة لمجموع ذلك الحق الخياري الذي انتقل اليهم من مورثهم ، فلا يجوز لاحدهم الاستقلال بالفسخ لافي الكل ولافي حصته، لان مقتضى أدلة الارث في الحقوق والاموال ثبوت مجموع ماترك لمجموع الورثة، الا أن التقسيم في الاموال لما كان أمراً ممكناً كان مرجع اشتراك المجموع في المجموع الى اختصاص كل منهم بحصة مشاعة بخلاف الحقوق ، فانها يبقى على حالها من اشتراك مجموع الورثة فيها . و تفصيل ذلك موكول الى محله .

فيه : أنه يضعف ذلك الوجه هنا وان قلنا به في باب الارث ، فان تقوّم الحق بمجموع الورثة انما هو بمقتضى أدلة الارث ، وأما في المقام فنقول : لكل من المشترين الاستقلال في رد حصته وامساكه باطلاق النصوص والادلة الواردة في الباب من قبيل : أن من اشترى معيباً فهو بالخيار ، فيشمل لمن اشترى جزءاً

من المعيب فحينئذ يصير الاقوى هو القول بجواز الاختلاف في الصفقة .

وما قيل : أن نصوص الباب منصرفة الى غير صورة تعدد المشتري ، كلام خال عن الوجه، لمنع الانصراف البالغ حد الاعتناء، والالتعطلت أكثر الاطلاقات المتمسكة بهافي الفقه ، وما ذكره في الكتاب أيضاً أن مع تسليم الظهور والاطلاق ان رد هذا المبيع منفرداً عن المبيع الاخر نقص حدث فيه ، بل ليس قائماً بعينه ولو بفعل الممسك لحصته ، واضح الضعف أيضاً لما أشرنا أن المبيع اذا كان شيئين كالغنم والبقر ، فرد الغنم منفرداً عن البقر لم يلزم منه نقص ولاضرر أصلا، ولكن في المقام لما كان تمام المبيع ملكاً لتمام المشتريين على الاشاعة كما هو مفروض الكلام ، فرد أحدهما نصيبه خاصة دون الاخر تلزم الشركة بين البائع والمشتري الاخر ، ومع ذلك أيضاً لابأس بجواز ذلك ، لاطلاق النصوص ولزوم الشركة على البائع ينجبر بالخيار . فافهم .

أقول : ما أدى اليه نظري القاصر : أنه لو قلنا بأن الشركة عيب لا يجبره خيار البائع لان من خياره وفسخه يلزم الضرر على المشتري الاخر الممسك حصته لانه قد يتعلق غرضه بامساك حصته صحيحاً كان أو معيباً .

وكيف كان ، فمختار شيخنا الاستاذ العلامة « دام ظله » هو القول الاول ، أعني جواز اختلافهما فى الشقص والصفقة وفاقاً للمحكي عن شركة «المبسوط» و « الخلاف » وأبي علي والقاضي والحلي وصاحب البشرى وفخر الاسلام ، كما استوجهه في «المسالك» ونفى عنه البعد في « التذكرة » لاطلاق أدلة (من اشترى معيباً فهو بالخيار) الشامل لكل منهما ، مضافاً الى استدلالهم بأن وحدة الصفقة هنا صورية ومعنى متعدد كما قال في « جامع المقاصد » .

والاصح أن لهما الاختلاف في ذلك ، لان التعدد في البيع يتحقق بتعدد البائع وبتعدد المشتري لاختلاف المالكين ، ولاتأثير للشركة وضررية الشقص

لاقدام البائع على ذلك .

ومن ذلك يظهر لك وجه القول بالتفصيل كما حكي عن « التحرير » ونفى عنه البعد في « جامع المقاصد » حيث قال : نعم لايبعد الفرق بين ما كان البائع عالماً بالصورة وبين ما كان جاهلا ، فيجوز الاختلاف في الاول دون الثاني ، لانه انما حصل بايجاب البائع واقدامه على ذلك ، فاقدام البائع الضرر انماهو في صورة العلم دون الجهل .

وأورده شيخنا العلامة الانصاري « قده » أن اقدام البائع الضرر انما يتحقق مع علمه على جواز التبعيض لهما ، وكونه حكماً في المسألة أول الكلام .

والاولى في الجواب أن يقال: أنه بمجرد علم البائع بتعدد المشتري لايحصل منه اقدامه على ضرره ، لانه أقدم على طبق الاصول العقلائية ، من عدم تعيب المبيع وعدم اطلاع المشتريين له وعدم اختلافهما وعدم ارادتهما الفسخ ، وقد أشرنا مراراً أنه مع العمل على مقتضى الاصول لايتحقق الاقدام على الضرر ، كما هو واضح .

فتلخص من جميع ما ذكرنا أن مقتضى اطلاق الادلة هو جواز اختلاف المشتريين في التفريق والرد وجواز التبعيض ، ولو قلنا بوحدة العقد لما سمعت من تعقله كشرعية الاقالة ، فانها كما يجوز في تمام العقد يجوز في ابعاضه أيضاً.

وأما عدم جريان الخيار في الابعاض في الغبن ونحوه انما هو من جهة أن دليل الخيار على خلاف القاعدة ولم يثبت الا في العقد من حيث هو مجموع واقع في تمام المبيع والا لقلنا بثبوته في الابعاض أيضاً ، الا أنه يدور مدار الدليل ، ولكن قد يقوى المنع لادائه الى الضرر وغيره من موانع الرد ، فانه اذا استلزم اختلاف المشتريين التبعيض على البائع أو الشركة أو الضرر عليه يشكل الحكم لان أحد الامور الثلاثة يمنع عن اختلافهما في الشقص الواحد

كما اذا كان البائع واحداً والمبيع عيناً واحدة أو متعددة ، فاذا رد أحد المشتريين نصيبه خاصة يلزم التبعض في المبيع والشركة بين البائع وبين المشتري الاخر، فهما من موانع الرد لما سمعت من « التذكرة » و « الدروس » ان من العيب المانع تبعض الصفقة وعن شيخنا العلامة « قده » أن العيب المانع عن الرد يراد منه ما يعم الشركة اذا لم يستلزما الضرر . فالقدر المتيقن هو صورة الضرر عند التحقيق ، ولكن المشي على مذاقهم هو مانعيتها ، وان لم يحصل الضرر من الشركة مثلا على البائع ، والحاصل ان العبرة بأحد الامور الثلاثة كل على مذاقه في المانعية .

ثم هنا فروع مذكورة في « الجواهر » فالمدار فيها في جواز الاختلاف في الشقص وعدمه هو لزوم التبعض أو الشركة أو الضرر فلابد من بيان الضابط والجامع في ذلك .

فنقول : الجامع الذي يعلم به حال الفروع المذكورة في « الجواهر » هو وحدة الصفقة وتعددها ، فلو كانت الصفقة والعقود متعددة لامانع عن الاختلاف، فلابد حينئذ من ملاحظة وحدة العقد وتعدده بأنه هل يتعدد العقد بتعدد الايجاب أو القبول أو بكليهما أو بتعدد العوض أو المعوض أو بكليهما أو بتعدد البائع أو المشتري أو بتعددهما فانه لو كانت العقود متعددة لايلزم من فسخ أحدها التبعض في الصفقة الواحدة كما أنه لايقال ببطلان أحدها أنه تبعضت الصفقة .

فالمهم حينئذ هو بيان الضابط في وحدة الصفقة وتعددها ، فاذا اتحدت الصفقة يتحد العقد ، واذا تعددت يتعدد ، فتتفرع عليه مسألة التبعض في الصفقة وأحكامها من عدم جواز الاختلاف في وحدة الصفقة وجوازه عند تعددها .

فنقول : المدار في وحدة الصفقة وتعددها اما على المتبايعين ، أو على العوضين ، أو على الايجاب والقبول ، أو على كل واحد منهما ، فان العوض اذا

اتحد لايخلو اما أن يتعدد المعوض أو يتحد .

وهذه صور أربعة وعلى كل منهـا اما أن يتحد البائع والمشتري أو يتعـدد أو يتحد أحدهما ويتعدد الاخر فيصير ستة عشر صورة ، وعلى كل منهـا اما أن يتحد الايجاب والقبول أويتعدد أو يتحد أحدهماويتعدد الاخر، فيرتقي الى أربعة وستين صورة .

وان شئت فقل: العبرة في وحدة الصفقة اما على الموجب أو القابل أو الايجاب أو القبول أو المعوض أو على العوض بمعنى أن يكون تعدده موجباً للتعدد ووحدته موجباً للوحدة واما على المركب من الاثنين بصورة أو الثلاثة أو الاربعة بصورة أو الخمسة أو الستة، فتمام الستة المتصورة من الاحادي والثنائي والثلاثي والرباعي والخماسي والسداسي ، انتهى الى نيف وستين صورة، فلابد من بيان المدار على أي شيء .

فنقول: لاريب أن تعدد الثمن يستلزم الصفقة ولايمكن فرض اتحادهما مع التعدد سواء كان المتعاقدان والايجابان واحداً أو أكثر أو كل بثمن بعد فرض تعدده يقتضي معوضاً منفرداً يقابله بحيث لايكون شيء من أحد الثمنين في أزاء ما في مقابل الاخر ولو على الاشاعة كما أن وحدته تقتضي كونه بأزاء تمام المعوض مشاعاً فلايمكن مع الاتحاد اختصاص حصة من الثمن بحصة معينة من المثمن، وليس المراد من تعدد الثمن ووحدته تعدده في الخارج كالغنم والثوب، بل المراد تعدده من جهة جعل كونه ثمناً ممتازاً على عنوان الثمنية فالغنم والثوب اذا صارا ثمناً ومدخولا للباء في : (بعت هذا بهذا) يصير كلاهما ثمناً واحداً فلابد من كون المعوض حينئذ واحدو كذلك المراد من تعدده امتيازه على عنوان الثمنية ولو باعتبار الكسور من النصف و الثلث من شيء واحد ، فيصير المعوض حينئذ أيضاً متعدداً قهراً، كذلك فلا ينفع فرض اتحاد الايجاب و القبول والمتعاقدين، و كذلك الكلام في

تعدد الثمن ، فان كان تعدده بالعدد كالدار والفرس والكتاب و نحوذلك ، فهذا بمجرده لايقتضي تعدد الصفقة .

وأما ان كان التعدد من حيث المثمنية بأن يكون كل منهما معوضاً على حده فلايتحقق الابامتياز الثمن فيرجع الى تعدد الثمن ، كما لوقال بعت داراً بثلاثة وكتاباً باثنين من الدرهم مثلا ، فهما صفقتان اتحدالايجابان أوالمالكان أم لا، كما انه لو قال : بعت داراً و كتاباً بخمسة دراهم فهوصفقة واحدة .

وان شئت فقل : بعبارة أخرى : انه ان لوحظ مقابلة واحدة بين العوضين بحيث يلزم من ذلك مقابلة كل جزء من أحدهما بجزء من الاخر على الاشاعة عيناً أو مفهوماً فهذا يعد صفقة واحدة . وان لوحظ مقابلتان بحيث يلزم من ذلك عدم امكان مقابلة تمام الاجزاء، كذلك فهو تعدد للصفقة وانما عممنا الاشاعة للعين والمفهوم حذراً من قولنا : بعت نصف الدار بنصف والنصف الاخر بالنصف الاخر فانه تعدد للصفقة مع أنه غير مانع من احتمال مقابلة كل من العوضين لكل جزء من المعوضين بحسب العين الخارجية لبقاء الاشاعة في الخارج لكنه مانع من المقابلة في المفهوم . فان مفهوم النصف المجعول عوضاً في الاول غير قابل لان يكون في مقابل النصف المجعول معوضاً في الثاني .

فتلخص لك أن المدارعلى وحدة الثمن والمثمن من حيث أنهما ثمن ومثمن وأن مالكي العوضين لاعبرة بتعددهما واتحادهما خلافاً للمحقق الثاني حيث قال في جواز اختلاف المشترين ماهذه عبارته : والاصح أن لهما الاختلاف في ذلك لان التعدد في البيع يتحقق بتعدد البائع و بتعدد المشتري لاختلاف المالكين الخ.

فيظهر منه أن التعدد في الصفقة يحصل بتعدد المالك ، و أنت اذا أحطت بجميع ما ذكر يظهر لك المناط في وحدة الصفقة وتعددها ، كما أنه يظهر لك

المناط في جواز اختلاف المشتريين أو البائعين وأن وحدة الصفقة تجتمع مع تعددهما أيضاً . ففيما تعدد المشتري ـ كما هو مفروض المسألة في المقام قد عرفت الاقوال الثلاثة فيه والمدرك الجامع لتلك الاقوال فمن رأى تعدد الصفقة فيها باعتبار تعدد المالك حكم بجواز الاختلاف في الرد ومن رأى الوحدة . فمنهم من رأى بأن العقد الواحد لايتبعض في الفسخ والرد ، فقد يحكم بعدم الجواز . ومن رأى جواز التبعض في جانب الفسخ أيضاً كجانب الثبوت طائفتان ، طائفة يلزمها أن تقول بجواز اختلافهما في المسألة سواء قلنا بوحدة العقد في مفروض المسألة أوقلنا بتعدده بتعدد المالك .

وطائفة تقول بعدم جواز اختلاف المشتريين لامن جهة وحدة العقد ولامن جهة عدم جواز تبعضه في جانب الفسخ بل مع تعدد الصفقة ووحدتها لا يجوز اختلاف المشتريين اما للزوم التبعض على البائع أوللزوم الشركة عليه أو للزوم الضرر عليه ، هذا في من قال بأن التبعيض والشركة مطلقاً من الموانع من جهة كونهما عيباً وأما من يمنع بعدم كون التبعيض على البائع عيباً كما قويناه في بعض المقامات لابد أن يقصر عدم الجواز على صورة لزوم الضرر على البائع ومن ذلك يظهر لك حال الفروع التي نذكرها و المذكورة في « الجواهر » فتحصل أن التحقيق المختار هو جواز التبعيض و التفريق لاحد المشتريين وان قلنا بوحدة العقد والصفقة لما عرفت من ظهور الاجماع بجواز التبعيض واطلاق أدلة أخبار العيب أعني: (من اشترى معيباً فهو بالخيار، وأمثاله الشامل لصورة تعدد المشتري اذا لم يلزم منه مانع من موانع الرد من التبعيض والشركة والضرر .

فلو لزم واحد من تلك الامور وقلنا بعدم جواز تداركه بخيار البائع وقلنا بأن التبعيض كالمشركة عيب وضرر على البائع كما هو الظاهر في المقام اذا لم يمتز الشيئان لكل واحد من المشتريين فلايجوز حينئذ اختلافهما في الرد والفسخ بأن

فسخ أحدهما حصته المشاعة من العين الواحدة أو العينين لانه يلزم التبعض في المبيع على البائع ويلزم أيضاً كونه شريكاً في المبيع مع المشتري الاخر وفي الثمن أيضاً في بعض الصور . فاذا عرفت ذلك ، فلا بأس بالاشارة الى جملة من الفروع :

فمنها : لو كان المبيع عينين لكل واحد من المشتريين ، واحدة منها معينة ولو بما يخصها من الثمن كلياً كان أو شخصياً ، فالظاهر جواز التفريق لعدم لزوم التبعيض الذي هو عيب فيما اذا استلزم الشركة ولا الضرر بل انما يلزم من ذلك تفريق العينين كالغنم والفرس ، فاذا باعهما بأن يكون الغنم لزيد والفرس لعمرو فلو رد زيد غنمه لمكان خيار العيب مثلا لما يلزم من ذلك شركة على البائع مع المشتري الاخر .

فالحاصل أنه يجوز لاحدهما الفسخ سواء كان الايجاب والقبول واحداً أم لا متعدداً أو مختلفاً .

نعم من اعتبر في وحدة العقد والصفقة وحدة القبول والايجاب أو البائع ، لازمه عدم الجواز مع ذهابه الى عدم جواز التبعيض في العقد الواحد في جانب الفسخ .

ومنها : اذا ابتاع المشتريين شيئاً أو شيئين بدرهمين ، كانا لهما بالشركة ، فان ظهر العيب في تمام الثمن ، فالخيار بين رده وامساكه جميعاً وان ظهر العيب في أحدهما ، فالظاهر عدم جواز رده خاصة ـ حتى على القول بجواز التفريق بين المشتريين ـ للفرق بينهما ، فان المشتري الذي يرد حصته خاصة كأنه رد تمام المبيع نظراً الى تعدد العقد بالنسبة اليه .

وهذا لا يأتي في الثمن ، لان البائع اذا رد أحد الدرهمين مثلا انما يرده عليهما معاً ، اذ الفرض اشتراكهما فيه فيلزم من رد المعيب عليهما الرد على مستحقه بعض

حقه وبقي البعض الاخرعندالبائع. فهو في التحقيق من قبيل المسألة الاولى التي قد عرفت عدم الخلاف في عدم جواز التفريق فيها ، لانه يلزم التبعيض على كلا المشتريين و تفريق مالهما فانه اذا رد الدرهم المعيب في المثال المذكور فقد رد على كلا المشتريين ربع حقهما فالتحقيق أنه لايجوز للزوم الامور الثلاثة المذكورة .

هذا اذا لم يمتز الثمن ، وأما لو امتاز بأن دفع كل من المشتريين جزءاً من الثمن متميزاً بأن دفع أحدهما درهماً من ماله والاخر ديناراً من ماله ، فاشتريا بالمجموع شيئاً مشتركاً على نسبة الثمن ، بأن يكون عشرالمبيع لصاحب الدرهم والباقي لصاحب الدينار اذا كان التفاوت بينهما بالعشر ، فظهر العيب في أحدهما فالظاهر أيضاً جواز رده خاصة لمالكه لعدم لزوم أحد الامور الثلاثة على من عليه الخيار .

نعم تلزم الشركة بين البائع والمشتري الاخر في الشيء المبيع ولا بأس بذلك اذا أقدم البائع بنفسه على ذلك ، فليس مانعاً عن خياره ، ولكن يلزم في فرض الكلام تبدل الشركة للمشتري الاخر، فانه كان مشتركاً مع المشتري صاحب المعيب أولا . فبعد رد المعيب اليه يتبدل اشتراكه فيصير مشتركاً مع البائع ،فان قلنا بأن تبدل الشريك ضرر ونقص كأصل الشركة عند متعارف الناس ، فيمكن حينئذكونه مانعاً عن جواز رد البائع معيب الثمن خاصة ، والا فقد عرفت : ان الظاهر جواز رده ، فلذلك عبر في «الجواهر» بقوله : أمكن جواز رده .

ومنها : لو اشتريا عينين كل منهما بثمن مستقل لا على وجه الشركة ، والفرق بين هذا وماذكره في «الجواهر» من الفرع الاول ليس الا بالعموم والخصوص ، فلا اشكال أيضاً في جواز التفريق ، وهذا كما ذكره شيخنا العلامة الانصاري«قده» من أن تعدد الثمن ــ بأن باع بعض الشيء بثمن وبعضه الاخربثمن ــ يوجب تعدد

العقد ، فلا يلزم التبعيض في الصفقة .

ومنها : مالو تعدد المستحق مع اتحاد المشتري ابتداءاً ، كما لو تعدد وارث خيار العيب ، وفي «القواعد» : لااشكال في وجوب التوافق . وذكر بعض آخر ان عدم جواز التفريق هنا بطريق أولى ، بمعنى أنه لو قلنا بعدم جواز الاختلاف في المقام الثاني ، أعني عند تعدد المشتري فعدم الجواز هنا أولى ، ولكنه ينافي ما ذكره في « القواعد » وهل للورثة التفريق؟ فيه نظر ، أقر به المنع وان جوزناه مع تعدد المشتري ، الخ . حيث نفى الاشكال هنا وتنظر هناك ، فلابد حينئذ من بيان أمور ثلاثة : في بيان وجه عدم الاشكال ، والاولوية ، وفي أنه هل تنافي بين كلامي العلامة في «القواعد» أم لا ، وفي بيان أصل الحكم والمختار .

أما الامر الاول : فلانه اذا اتحد المشتري أولا قد عرفت أنه ليس له التبعيض والتفريق للاجماع ، فاذا لم يكن للمورث حق التبعيض فكيف يكون لوارثه ، ضرورة أن الوارث انما يرث الحق الثابت لمورثه . والمفروض انتفائه ، ومن ذلك يظهر وجه الاولوية لانه مع تعدد المشتري اذا قلنا بعدم الجواز مع امكان القول بتعدد العقد والصفقة فيه ، فهنا أولى بعدم الجواز لعدم طروّ احتمال التعدد في العقد .

وأما الثاني : فالظاهر ثبوت التنافي كما ذكره في «جامع المقاصد» و«الجواهر» اذ المفروض أنه وان لم يكن للمورث الا حق واحد تعلق بمجموع المبيع وليس له التبعيض ولكنه اذا انتقل ذلك الحق الواحد الى الورثة فيه أقوال ثلاثة بل أزيد حسبما سيأتي في محله وعرفت الاشارة فيه اجمالا في المسألة السابقة قول بقيام ذلك الحق بالجميع فليس لكل واحد الفسخ والاستقلال في الامضاء . وقول بقيامه بكل واحد مستقلا ، وقول باستقلال كل في حصته فعلى هذا القول يجوز التفريق والتبعيض ، فلهذا تردد وتنظر وان رجح المنع .

فهذا كما ترى مناف لنفي الاشكال هنا بقوله :أما لو ورثا خيارعيب، فلااشكال في وجوب التوافق فان مقتضى القول بجواز التبعيض بالنسبة الى حصتهم هوعدم التوافق ، الا أن يوجه كلامه « قده » من أن مراده من نفى الاشكال في وجوب التوافق هوعدم جواز تفريق الورثة وتبعيضهم في خيار العيب بين صحيح المبيع ومعيبه لعدم ذلك بالنسبة الى مورثهم وأما مراده في خيار الورثة من التفريق تفرقهم بالنسبة الى حصتهم بأن يفسخ بعضهم حصته والاخر لايفسخ حصته فافهم . فلعله خلاف الظاهر من كلامه ، فراجع .

وأما الثالث : حكم المسألة : فالتحقيق المختار هو عدم جواز التفريق هنا ، وان قلنا بالجواز عند تعدد المشتري ، لانه انما نقول بجواز اختلاف المشتريين لمكان اطلاق الادلة ، كقوله عليه السلام : (من اشترى شيئاً معيباً فهو بالخيار) الشامل لكل واحد من المشتريين فهو مفقود في الورثة ، لان الوارث ليس من له الشراء ولا من صدر عنه القبول ، مضافاً الى لزوم التبعيض والضرر على البائع المشترك بين الاصل والفرع .

هذاكله في تعدد المشتري ، فقدعرفت أن الاقوى عدم جواز اختلافهما فيما يلزم أحد الامور الثلاثة التي هي من موانع الرد ، لافيما يلزم مجرد تفريق أحد المبيعين عن الاخر كصورة فرض رد هذا المبيع منفرداً عن المبيع الاخر كالتفريق بين الغنم والفرس اذاكان واحد منهما لواحد من المشتريين لو اشتراهما بصفقة واحدة .

ومن ذلك يظهر لك النظر ما فى كلام شيخنا العلامة « قده » من أنه مجرد التفريق نقص و أنه ليس قائماً بعينه، فمنع عن الرد فانك عرفت أنه يعتبر في مقابل قائماً بعينه ، التغيير حسبما ذكرنا تفصيله .

هذا و مما ذكرنا يظهر لك حكم المقام الثالث أيضاً ، وهومالو تعدد البائع ،

فيجوز التفريق عليهما، سواء اتحد المبيع أم تعدد بأن يرد المشتري حصة أحدهما و يمسك حصة الاخر لعدم لزوم التبعيض على كل منهما ولا الضرر ولا الشركة سواء اتحد الايجاب والقبول أم لا . نعم قد يستشكل في بعض الفروع :

فمنها : لو كان المبيع متعدداً وكان كلا المبيعين مشتركاً بينهما ، فاذا أراد المشتري رد أحد المبيعين خاصة يلزم التبعيض على البائعين ، فلا يجوز ، وأما اذا أراد رد حصة أحدهما فلا يلزم التبعيض عليه . نعم ، يلزم تبدل الشركة عليه فانه كان شريكاً أولا مع البائع الاخر والان صار شريكاً مع المشتري . وكذلك يلزم تبدل الشركة في الثمن على البائع الاخر أيضاً في بعض الصور ، فان قلنا أن تبدل الشركة عيب كأصل الشركة ، فيستشكل في الجواز ، ولكن مقتضى اطلاق كلماتهم عدمه ، فلابد من الرجوع الى العرف والمقامات .

ومنها : لو كان المشتري متعدداً أيضاً بأن اشترى اثنان من اثنين عبداً فقد اشترى كل من كل ربعاً فان أراد أحدهما رد ربع الى أحد البائعين تبعّضت الصفقة عليه فيصير من فروع المسألة السابقة .

مسألة : ومما ذكروا ، من مسقطات الارش فقط موضعين ، أحدهما : مالو اشترى ربوياً بجنسه ، فظهر عيب في أحدهما فله الرد دون الارش حذراً من الربا هذا هو المشهور ظاهراً . وهنا قولان آخران :

(أحدهما) جواز أخذ الارش ولو من جنس المعيب ، لان الارش من قبيل الغرامة الشرعية وان الربا يكون في المعاوضات لا في الغرامات ، حكاه العلامة في « التذكرة » عن بعض الشافعية ، ونفى عنه البأس بل عن « جامع المقاصد » حكاية هذا الوجه عن بعض أصحابنا. وتوجيهه كما ذكر العلامة « قده » ان المماثلة في مال الربا انما يعتبر في ابتداء العقد وقد حصلت ، والارش حق ثبت بعد العقد، ودعوى أن الارش لفوات مقابله من المبيع واضحة المنع ، ضرورة اقتضائها

انفساخ العقد بالنسبة الى ذلك وانه يستحق خصوص الثمن وان نمائه له ، الى غير ذلك مما لايمكن التزامه ، لان الفوات من المبيع لا يتحقق بالنسبة الى أجزائه وأبعاضه بل بالنسبة الى أوصاف المبيع التي لا يقابلها شيء من الثمن ووصف الصحة منها بل هي وصف التزمه بائع المبيع من دون مقابلته بشيء من المال كالحمار الابيض والبقر الاصفر مثلا .

ولاينافيه تجويز المشهور عند ظهور فقده أخذ ما يخصه بنسبة المعاوضة من الثمن من باب الغرامة الشرعية حكم بها الشارع عند اختيار المشتري تغريم البائع الا أن يقال : أن المستفاد من أدلة الربا حرمة أخذ مطلق الزيادة في المتجانسين سواء كانت تلك الزيادة من أركان المعاوضة بحيث يلاحظ بعنوان المقابلة أو كانت مسببة عن المعاوضة بحيث صارت تلك المعاوضة سبباً لتلك الزيادة ولو بعنوان الغرامة .

بمعنى أن يقال : أن كل بيع يجيء منه أخذ الزيادة مطلقاً سواء كان من الجنس أو غيره مع عنوان الشرط وغيره مع ملاحظة التقابل وغيره من الغرامة الشرعية وأضرابها لا يجوز في الشرع فيبطل البيع الذي صار سبباً للزيادة في المجانس .

(وثانيها) جواز أخذ الارش من غير الجنس يحمل حرمة الزيادة في المتجانسين على ما يكون من جنسهما لاغير ، ولم نجد قولا بذلك منا ، بل ينبغي أن ينسب هذا الى خيالات الشافعية .

وثانيها : ما لم يوجب العيب نقصاً في القيمة ، بل زادت قيمة المعيب عن الصحيح أو ساوت كخصاء العبد وعدم الشعر على الركب ، في ثبوت الارش في مثل ذلك نظر واشكال من أن اطلاق الادلة والفتاوى : كون العيب ما زاد عن الخلقة أو نقص وان فيه الرد والارش ومن انتفاء موضوع الارش في مفروض

الكلام ، ومن لزوم الضرر على البائع في أخذ الارش ومن عدم الاطلاع على قدر نقص القيمة الذي هو المدار في نقص المالية ، فأصالة البراءة كافية في نفي الارش بعد ظهور أدلة ثبوته بل صراحتها في غيره من العيوب التي تنقص القيمة .

وهذه وجوه ثلاثة يستدل بها على نفي الارش ، والعمدة منها هو الاول ، أعني انتفاء موضوع الارش وعدم تصوره هنا حتى يحكم بثبوته ، فان تم ذلك فهو يكفي في عدم اجراء اطلاق أدلة الارش هنا والا فالوجهان الاخران لا سبيل لهما بعد جريان أدلة الارش لتحكيم أدلة الارش وتقديمها، ضرورة أن الارش انما شرع في مورد الضرر ، فهو أخص مطلقاً من قاعدة لاضرر ، فيقدم عليها ، وان كانت هي بنفسها حاكمة على أكثر الادلة والقواعد فيما كانت النسبة أعم وأخص من وجه ، ومخصصة فيما كانت النسبة أعم وأخص مطلقاً فلامسرح حينئذ لاصالة البراءة .

والقول بعدم الاطلاع على قدر النقص كما في « جامع المقاصد » مدفوع بما سنذكره من تصوير الارش وكيفيته .

نعم، لوقلنا بانصراف أدلته فيما كان العيب منقصاً لكان التمسك بقاعدة نفي الضرر وأصالة البراءة في محله .

وكيف كان قد يناقش في عدم تصوير موضوع الارش بوجوه :

أحدها : فرض الارش في الخصاء وأمثاله من العيوب بالغاء ما يترتب على الخصاء من المنفعة التي هي بالنسبة الى بعض الناس أو كلهم ، بمعنى أن المعيب يقوّم مع قطع النظر عن هذه المنفعة الفعلية المترتبة عليه ، ولو كانت تلك المنفعة عامة لجميع الناس، فالخصاء مثلا مع قطع النظر عن منفعته الملحوظة فيه يقوّم من حيث أنه فاقد للفحولة التي يحصل منه النسل ثم يقوم على فرض كونه صحيحاً فحلا صالحاً للنسل ، فهذا التفاوت التقديري هو الارش ، ويؤخذ من الثمن بنسبة

تفاوت القيمتين .

وثانيها : أن منافع الخصاء انما هي بالنسبة الى أشخاص النادرة كالموالي والسلاطين ، والمنافع النادرة لاعبرة بها عند الشرع ـ كما حقق في محله ـ بأن المنافع النادرة ليست من المجوزات .

وثالثها : أن المنفعة الملحوظة في الخصاء منفعة محرمة ، لانه يرغب قليل من الناس لبعض الأغراض الفاسدة ، كعدم تستّر النساء منه ، وكونه واسطة في الخدمات بين المرأ وزوجته مع كشف وجوههن عنه ، ومن المعلوم أن المنافع المحرمة لاتوجب زيادة في المالية ، كالعنب الذي يحصل منه الخمر الجيد ، فليست ماليته أكثر من غيره عند الشرع ، فلا احترام لتلك المنفعة . فيحصل حينئذ موضوع الارش ، ويتصور في مثل الخصاء .

ورابعها : من جهة تعدد الجهة ، فالخصاء من حيث يرغب اليه الناس لخصائه له قيمة كذا أضعافاً مضاعفة ، ولكن من حيث أنه فاقد للفحولة وصلاحية النسل له قيمة قليلة ، فالتفاوت بين قيمتي الجهتين هو الارش .

ولكن الكل مدخول ـ كما ترى ـ أما الاول والرابع : فلان فرض الخصاء ملغي عن المنفعة ، وملاحظة تعدد الجهة لاتجعل قيمته ناقصاً فعلا ، بل العبرة بقيمته الحالية ، وتعدد الجهة لايعتد بشيء منها ، بل لو عرض الخصاء الى أهل العرف والسوق ، يأخذونه بقيمة عالية ، فهو العبرة فينتفي حينئذ الارش . وأما الثاني والثالث : بمنع الندرة ومنع انحصار المنفعة بالوجه الحرام ، مع أن العبرة في مقدار المالية رغبة الناس الى بذل المال الكثير في مقابل الخصى ، وصحة الفرض وفساده لامدخل لهما في المالية .

فالحق هو عدم الارش لانتفاء موضوعه ، بل لا طريق الى فرضه في ما ساوت كما في سعر الركب ونحوه ، ولعله اليه ينظر ما في « جامع المقاصد » لعدم

الاطلاع على قدر نقص القيمة ، أي لايفرض له أرش أصلا لابمعنى أن له أرشاً، ولكن لعدم اطلاعناعليه ينتفي الارش لان المورد يصير حينئذ الاخذ بالقدرالمتيقن من جانب الاقل والاكثر .

فذلكة : هل يجوز فعل الخصاء والجب ، أم لا ؟

فنقول : أما في الادمي فلايجوز قطعاً ـ بل عند علمائنا ـ كما عن « نهاية الاحكام » ، وأما في غير الادمي من الحيوانات : فان كان الحيوان مأكول اللحم يراد منه كثرة لحمه وشحمه ـ كما في الغنم والدجاج المتعارف في أمثال زماننا ـ فجائز ، لفحوى الادلة المجوزة للذبح ، وأما في غيره فلا يجوز لانه ظلم وايذاء .

والضابط : أن ايذاء كل حيوان ظلم حرام لايجوز الا في ما ورد الترخيص كقتل الحية والعقرب، فكل فعل يوجب ايذاءاًللحيوان حرام ، فاذا وردالترخيص في ذبح مأكول اللحم ، فيصير خصائه من جهة كثرة لحمه وشحمه بطريق أولى وأما في غيره فلم يثبت الترخيص ، وفي قتل الحشرات و السباع لابد من دليل مرخص كما ورد في الحية والعقرب وغيرهما من الموذيات الشخصية ، بل ورد في قتل الحية أوالعقرب ثواب قتل الكافر ، والموذيات النوعية كالسباع لابد من المراجعة الى باب الاطعمة والاشربة .

وأما من قبيل الخصاء وغيره من سائر الافعال مماكان ايذاءاً للحيوان من جهة غرض عقلائي آخر غير كثرة الشحم واللحم، فيه نظر، من أنه هل وردترخيص بالنسبة الى الغرض العقلائي أم لا؟ فعليك بالرجوع في محله عندالابتلاء.

مسألة : فيما يسقط الردوالارش معاً، فهوأمور:

أحدها : العلم بالعيب قبل العقد ، فادعي فيه : لاخلاف ولااشكال، فقديستدل

له بوجوه :

« أحدها » أن العالم بالعيب ، قد أقدم بنفسه على الضرر بسبب العقد على المعيب ، فلا وجه للخيار حينئذ لعلمه بالعيب واقدامه عليه .

فيه : أن دليل خيار العيب لو كان منحصراً بقاعدة الضرر ، فعدم الخيار موجه لمكان اقدامه بنفسه ضرر العيب ، ولكن مقتضى اطلاق الادلة من الاخبار كقوله: (من اشترى معيباً فهو بالخيار) و غيره من دليل خيار العيب هو ثبوت الخيار بسبب العيب ، سواء كان معلوماً أم لا ، ولايكون الاقدام مخصصاً له ، بل يحتاج الى مخصص آخر .

و « ثانيها » عدم مقتضى الخيار في صورة العلم على ما ذكره في الكتاب من عدم ثبوت الخيار في مورد العلم لعدم الدليل عليه فان الدليل انما هو منحصر بصورة العلم ، وهذا كما ترى مناف لاطلاق بعض الادلة .

و « ثالثها » ما يرجع اليه ـ كما في « الجواهر » ـ ظهور أدلة الخيار في غير صورة العلم وانصرافه الى مورد الجهل فتبقى أصالة لزوم العقد بالنسبة الى الرد، وبرائة الذمة بالنسبة الى الارش سليمة .

و « رابعها » مفهوم خبر زرارة في قوله عليه السلام : (أيما رجل اشترى شيئاً فيه عيب أو عوار ولم يتبرأ اليه منه ولم يبين له فأحدث فيه بعد ما قبضه شيئاً و علم بذلك العيب وذلك العوار ، أنه يمضي عليه ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به) حيث يدل بمفهومه على عدم رد الارش عند التبين و التنبه بذلك العيب وقت الشراء ، فيتم في نفي الرد أيضاً ، لعدم القول بالفصل أو الاجماع المركب ، لان كلا من النفي والارش حينئذ نفي الرد أيضاً .

أورد النظر عليه شيخنا العلامة الانصاري « قده » ولعل وجه النظر هو منع

تحقق الاجماع المركب ، أو أن التبين و التنبه على ما في الرواية ، لعل له مدخلية في سقوط الارش والرد كالتبري . والكلام انما هو في مجرد العلم من المشتري لا في صورة اعلام البائع وتبرئته .

هذا وفي نسخة « التهذيب » مكان : لم يبين له : لم يبرأ اليه . وفي بعض النسخ : لم ينبه ، كما في « مكاسب » شيخنا العلامة « قده » ولكن في نسخة « الكافي » ما ذكرناه ، كما في « الجواهر » .

وكيف كان ، الحق هو سقوط الخيار مع العلم بالعيب من جهة أن علمه اقدام ضرورة دلالة الاخبار على ثبوت الخيار مطلقاً وليس ثبوت خيار العيب من جهة قاعدة « لاضرر » حتى ينافيها الاقدام ، نعم قد يوجه بأن اقدامه مع العيب رضائه بالمعيب والرضا بالمعيب مسقط لخياره .

فيه : أيضاً ما لا يخفى ، لانه لو سلم السقوط مع الرضا هو الرضا بعد العقد لا قبله، بل الاولى استناد مدرك المسألة الى أخبار خاصة الدالة على سقوط الخيار مع العلم كأخبار الرق .

مضافاً الى عدم تحقق الخيار الا مع الجهل لانصراف دليله الى غير الفرض فتبقى أصالة اللزوم والبرائة عن الارش مرجعين .

وثانيها : تبري البائع عن المعيوب، بأن يقول : بعتك هذا بكل عيب أو أنا بريء من كل عيب أو نحو ذلك، ويدل على سقوط الخيار معه وجوه :

« أحدها » الاجماعات المحكية عن «الخلاف» و « الغنية » و « التذكرة ».

و « ثانيها » ما ذكره في « التذكرة » من أن الخيار انما يثبت لاقتضاء مطلق العقد السلامة، فاذا صرح البائع بالبرائة فقد ارتفع الاطلاق. وحاصله : أن الظاهر من حال المتعاقدين عند الاقتباض ارادة الصحيح وسلامة المبيع، كظهور ارادتها من نقد البلد وتسليم بلد العقد، فلو ظهر معيباً يتحقق خيار العيب لتخلفه عما أراده

من الصحة والسلامة . ومع التصريح بالبرائة لاظهور في السلامة ولايحصل الخيار، لانه لم يقع خلاف ما تراضياه ، فان التراضي والتباني انما وقع للمبيع المطلق معيباً كان أو صحيحاً بملاحظة التبري عن عيوبه .

و « ثالثها » شمول أدلة الشروط ، لان التبري عن العيوب حالة العقد بمنزلة اشتراط السقوط عن الرد والارش اللازمين للعيب ، فيندرج تحت قاعدة : « المؤمنون عند شروطهم » .

و « رابعها » اقدام المشتري مع تصريح البائع بالتبري يكشف عن كونه راضياً بالمعيب لوظهر كذلك ، فهو كما لو علم به فيشمله ما ذكرنا من الادلة الدالة على السقوط مع العلم .

و « خامسها » ما في « الجواهر » من أن شمول أدلة الخيار لمفروض الكلام محل شك بل منع ، لانصرافها الى صورة ماعدا التبري عن العيب فتبقى أصالة اللزوم بالنسبة الى الرد وأصالة البرائة بالنسبة الى الارش مرجعين بلامعارض .

و « سادسها » الاخبار الخاصة كمفهوم صحيحة زرارة ـ المتقدمة ـ و خبر جعفر بن عيسى ، قال : كتبت الى أبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك ، المبياع يباع فيمن يزيد فينادي عليه المنادي، فاذا نادى عليه بريء من كل عيب فيه ، فاذا اشتراه المشتري ورضي به ولم يبق الانقد الثمن فربما زهد فيه ، فاذا زهد فيه ادعى عيوباً وأنه لم يعلم بها ، فيقول المنادي : قد برئت منها ، فيقول المشتري : لم أسمع البرائة منها، أيصدّق فلايجب عليه الثمن، أم لايصدق فيجب ؟ فكتب عليه السلام : عليه الثمن .

ويمكن المناقشة في الكل ، أما في الاجماع : فلان المسلّم منه انما هو في التبري عن العيوب المفصلة ، بأن يقول : برئت عن العيب الفلاني دون التبري عن العيوب المجملة ، فان البرائة الاجمالية كما هو محل الكلام في مفروض

المسألة أيضاً ليست مما استقر به الاجماع ، لانـه حكى الخلاف ـ الـى بعض أصحابنا ـ ابن ادريس كما أنه حكاه في « المختلف » عن أبي علي و حكى فيه عن القاضي ، و لعله من جهة خلاف هؤلاء في سقوط الخيار بالبرائـة الاجمالية قيد شيخنا العلامة « قده » الاجماع بقوله في الجملة وذكر بعض المشائخ بقوله: وأبطل بعض أصحابنا التبري الاجمالي .

ولكن الانصاف عدم الفرق بين التبري تفصيلا واجمالا ، كما أنه عدم الفرق بين العيوب الظاهرة و الباطنة والمعلومة وغير المعلومة ، في الحيوان وغيره ، فان الظاهر سقوط الخيار في جميع ذلك من غير ظهور الخلاف في ذلك ، بل الاجماع المحكي ان لم يكن المحصل على ذلك .

وما حكي عن بعض الاصحاب فيخصوص البرائة الاجمالية ، حيث أوجب التفصيل فلايبرأ بالاجمال ولا يسقط به الخيار ، بل قد يقال ببطلان البيع بالبرائة الاجمالية لانه بيع مجهول كما ترى ، اذلاجهل مع المشاهدة ، و أنه ان أرادمن الاجمال المبهم لابعينه بأن تبرى عن عيب واحد لابعينه أو المعلوم عند البائـع والمجهول عند المشتري ، فمسلم . ولكن ليس مرادنا من البرائة الاجماليةهذا، بل المراد ما تعلق بمطلق أفاد العموم ، لانه بمنزلة الماهية الواقعـة بعد النفي ، بأن يقال : برأت من عيبه ، فحينئذ يكونمقابلة البرائة التفصيلية تشخيص العيوب وتصريحها أو تعميمها بكلمة « العموم » أو المراد هو ما وقع بعد قولـه : برأت من المطلقات ، أو بالفاظ العموم بـأن يقال : برأت من جميع العيوب ، أو من العيوب، فان كان ذلك بمنزلةالتفصيل في البرائة لمكان العموم وافادةالمطلق مفاد العموم .

فلذلك يمكنأن يقالـ دفعاً لمادة الخلافـ : أن منقال منالاصحاب ببطلان البرائة الاجمالية ، مراده هو المبهم لابعينه مطلقاً أو عند خصوص المشتري ، وما

حكي عن أبي علي والقاضي ـ لوصح ـ يمكن دعوى مسبوقيتهما بالاجماع ، وان أمكن أن يقال : أن ابن ادريس غلط في الحكاية ، وأن ما في «الدروس» من أن في التبري مجملا قولين أشهرهما الاكتفاء ، ولعله في غير محله .

وأما الخدشة في الوجه الثاني بأن يقال: أن قوله : مع التبري لايبقى اطلاق للعقد في السلامة ، يرد عليه :

أولا : أن لازم هذا الوجه فساد البيع للغرر والجهالة ، حيث أن أقدامه على المبيع ليس مبنياً على سلامته حينئذ ، فمع الشك في السلامة لو اشترى كان بيعاً غررياً .

ولكن يمكن دفع ذلك بأن مع التبري وان لم يبق اقتضاء اطلاق العقد في السلامة ، الا أن المشتري انما أقدم على الشراء من جهة أصالة السلامة لا من جهة اقتضاء اطلاق العقد السلامة حتى يقال أنه قد ارتفع بالتبري .

وان أبيت عن ذلك ، نقول : أن الاجماع قام على صحة مثل ذلك العقد ، غاية الامر يقع الاشكال في سقوط الخيار بمثل ذلك التبري وعدمه وليس الاشكال في صحته وفساده بل الفساد مقطوع البطلان فيخرج اجماع البيع المذكور عن شمول قاعدة نفي الضرر .

فيكون الفارق بين التبري عن العيب وعن خيار الرؤية الاجماع ، حيث أن النص والاجماع قاما على الصحة في الاول دون الثاني ، مضافاً الى ما ذكرنا أولا أن عدم التزام البائع هنا لا يقدح في اعتماد المشتري على فصالة الصحة بخلافه هناك فان الغرر لايندفع في خيار الرؤية الا بالتزام البائع بوجود الصفات المشترطة في العين الغالية .

وثانياً : أن هذا الوجه لايقتضي بنفسه سقوط الخيار ، بل لابد من انضمامه الى دليل آخر يدل على سقوط الخيار أو أن يقال : شمول أدلة الخيار لمحل الفرض

غير معلوم فيرجع الى الوجه الاخر المذكور، في «الجواهر» .

وأما في الثالث : فلان عموم (المؤمنون عند شروطهم) وشمول غيره من أدلة الشروط على ما نحن فيه ، محل منع لما مر مراراً من شبهة الشافعي في شرط سقوط الخيار من أنه اسقاط ما لم يجب ، بمعنى أن التبري عن العيوب بمنزلة اشتراط سقوط خيار العيب ، فان الخيار مما لم يوجد ، لانه ان كان مسبباً عن العقد فهو لم يتم حين التبري وان كان مسبباً عن العيب فهو لم يتحقق ولم يثبت والحاصل: أن الخيار لم يثبت قبل العقد حتى يشترط سقوطه ويتبرى عنه .

وأما في الرابع : فلما مر أيضاً من منع تحقق اقدام المشتري اذا جرى عمله على وفق الاصول العقلائية والقواعد المقررة .

وأما في الخامس : فلمنع الانصراف .

وأما في السادس : أما في مفهوم الصحيحة ، فلما مر من شيخنا العلامة «قده» من الامر بالنظر، لان دلالته انما يتم بالاجماع المركب وعدم القول بالفصل بين الرد والارش ، وهو محل الكلام ، مضافاً الى أن القيود الثلاثة التي في الرواية ارتفاعها جميعاً سبب لارتفاع الخيار لا كل واحد منهما . وأما في المكاتبة : فمع ضعف سندها اشتملت على خلاف مقتضى القاعدة من تقديم قول البائع بقوله وعليه الثمن ، اذ مقتضى القاعدة تقديم قول المنكر وسماعه حتى يقيم المدعي بينة وبرهاناً على دعواه ، ومعلوم أن المنكر هو المشتري لا البائع .

هذا ، ولكن الاقوى هو سقوط الخيار بالتبري وعدم الاعتناء بالخدشات المذكورة على الوجوه المزبورة ، فانك قد عرفت حال الاجماع وعدم مخالف في المسألة الا ما يتراآ عن بعضهم ، وهو أما محجوج بالاجماع أو محمول على صورة التبري عن العيب الاجمالي المبهم عندهما أو المعلوم عند البائع والمجهول عند المشتري لا التبري الاجمالي المعهود ، بأن يقول : برأت من عيبه ، أو

برأت من عيوبه أو من العيوب أومن جميع عيوبه . وأما المناقشة عن الوجه الثالث بشبهة الشافعي: فمدفوع :

أولا : بما مر من أن وجود السبب يكفي في صحة هذا الشرط ، والسبب ثابت حين الشرط بناءاً على أن العيب سبب والعقد شرط وظهوره كاشف ، أو أن الايجاب فقط سبب والقبول شرط ، على احتمال ضعيف .

وثانياً : بما مر من شيخنا العلامة « قده » في شرط سقوط الخيار بأنه وان كان شرطاً لسقوط مالم يجب ، الا أن أدلة الخيار ليست شاملة لمثل هذاالشرط أيضاً .

فكلما كان الامر كذلك نتمسك بأصالة اللزوم وعموم (أوفوا بالعقود)، للشك في جريان أدلة الخيار المخصصة للعمومات والواردة على أصالة اللزوم، والمقام من هذا القبيل ، لان مع اشتراط التبري في ضمن العقد لاتشمله أدلة الخيار لانها مسوقة الى وجود الخيار عندوجدان العيب، فيرجع الى الوجه الخامس المذكور الذي ذكره في «الجواهر» بقوله : بل قد يقال: أن في شمول أدلة الخيار المزبور لمحل الفرض محل شك بل ظاهرها خلافه فتبقى أصالة لزوم العقد وأصالة برائة الذمة من الارش بلا معارضة وما ذكر من منع الانصراف مما لا يصغى اليه بعد ملاحظة عدم اطلاق أدلة الخيار من هذه الجهة .

وأما كون مكاتبة جعفر بن عيسى مخالفة للقاعدة كما حكي عن المحقق الاردبيلي « قده » : فمنظور فيه بما جعلها صاحب « الكفاية » مؤيدة لقاعدة : « البينة على المدعي واليمين على من أنكر » وتصديق قول المنكر والسماع عنه وتقديم قوله بتقريب أن العادة جارية في أن نداء المنادى عند البيع بالبرائة من العيوب على وجه يسمعه كل من حضر للشراء، فدعوى المشتري : بأني لم أسمع البرائة ، مخالفة للظاهر نظيردعوى الغبن والغفلة عن القيمة ، فصار مدعي البرائة

منكراً ، لان قوله موافق للظاهر ، ومنكرها مدعياً ، لان قوله مخالف للظاهر .
وقد صدق الامام عليه السلام قول المنكر بقوله : وعليه الثمن . ويقدم قوله على قول المدعي .

ولكن فيه نظر ، بناءاً على أن المناط في تشخيص المنكر والمدعي عند المشهور هو موافقة الاصل ومخالفته ، وأن المدعي من اذا ترك يترك وان هذا الميزان مقدم على ميزان موافقة الظاهر ومخالفته عند اجتماعهما ودوران الامر بينهما ثم ان هنا وجوه أخر ذكروها توجيهاً للمكاتبة :

أحدها : ما عن صاحب « الحدائق » من أن الظاهر ان انكار المشتري انما وقع مدالسة لعدم رغبته في المبيع ، والا فهو عالم بتبرى البائع . والامام عليه السلام انما ألزمه بالثمن من هذه الجهة .

وأورد عليه شيخنا العلامة فيما سيأتي في اختلاف البائع والمشتري في البراءة: بأن مراد السائل ليس حكم العالم بالتبري ثم أنكر مدالسة بل الظاهر استعلام من يقدم قوله في ظاهر الشرع من البائع أو المشتري ، مع أن دعوى العالم بالتبري المنكر له مكابرة ومدالسة معلوم لكل أحد خصوصاً للسائل كما يشهد به قوله : أيصدق أم لا يصدق ، الدال على وضوح حكم صورتي صدقه وكذبه ولكن قد يناقش بوجود بعض القرائن في الرواية، بحيث يدل على توجيه صاحب «الحدائق» كقوله : زهد فيه ، وقوله : ادعى عيوباً ، بل قوله : لم أسمع البراءة ولاشهاده لقوله : أيصدق ، لما ذكره مضافاً الى أنه من القواعد المقررة : ان كل خبر ورواية اذا احتمل احتمالين أحدهما موافق للقواعد الشرعية والاخر مخالف ، فلابد من حمله على ما يوافق القواعد الشرعية دون مخالفها .

وثانيها : ماذكره بعض المشائخ في «شرح القواعد» وهو أن المشتري قد ادعى عيوباً حادثة لم يتبرأ البائع منها بل انما يتبرأ من العيوب الموجودة ،وأنكر

البائع حدوث تلك العيوب التي يدعيها المشتري ، وقال : قد برأت من هذه العيوب ، بمعنى أنه : أظهرت لك أيها المشتري هذه العيوب ، وليست هي حادثة بعد العقد بل كانت قبله وقد أعلنتها ، فالبائع حينئذ قوله موافق للاصل ، اذ الاصل عدم حدوثه بعد العقد .

فيه : مالايخفى ، اذ بعد الاغماض عن صحة هذا الاصل ، وأنه معارض بمثله أعني أصالة عدم حدوثه قبل العقد وأن المرجع أصالة تأخر الحادث ، وهي في طرف المشتري ان في المكاتبة مبعدات لهذا التوجيه بل قوله : ادعى عيوباً ولم يعلم بها صريح في أن المشتري لايدعي حدوث العيوب بعد العقد .

وثالثها : ماذكره أيضاً في كتابه الاخر المسمى بـ « أنوار الفقاهة » أن قول الامام عليه السلام : (وعليه الثمن) هومقتضى القاعدة تقريب أن أصل المبايعة والمعاملة مسلم بينهما ،ومقتضى ذلك وجوب الثمن على المشتري وحيث كان منكراً للتبري عن العيوب لابد عليه الحلف حتى لايكون عليه الثمن ، فما لم يحلف لابد من أداء الثمن . نعم اذا حلف سقط عنه رد الثمن ويرد المبيع على البائع لمكان العيب فكأن قوله عليه السلام : (وعليه الثمن) مقيد بأمر محذوف مقدر ، أي ما لم يحلف أو ينكل عن الحلف ، فيكون المعنى : عليه الثمن اذا نكل المشتري ولم يحلف ، وهذا التوجيه أيضاً بعيد كما ترى ، فالاوجه هو وجه صاحب الكفاية في تطبيق المكاتبة على القاعدة . ثم انه قد يناقش بالاستدلال على تلك المكاتبة لسقوط الخيار عند تبري البائع الذي يرجع الى شرط التبري في ضمن العقد بوجهين :

«أحدهما» مافي كتاب شيخنا العلامة «قده» أن الشرط الذي يجب الوفاء به هو الشرط المأخوذ في ضمن العقد فلوحصل الشرط قبل العقد أو بعده فليس بلازم الوفاء فالمكاتبة لادلالة فيها على أن شرط التبري كان في ضمن العقد ، بل يدل على أنه كان وقت النداء لاوقت العقد .

وفيه : أولا : أن نداء المنادي انما هو بالعقد كما هو المتعارف في هذا الزمان أيضاً . وثانياً : أن الشرط الذي حصل التباني في العقد عليه قد ذكرنا أن التحقيق حكمه حكم الحاصل في العقد خلافاً لبعضهم .

و «ثانيهما» تطرق احتمال المعاطاة في قضية نداء المنادي لعدم التصريح في المكاتبة على بيع المنادي بالصيغة فحينئذ لايكون لازماً فلا دلالة على عدم الخيار أصلا بطريق أولى ، نعم ، بعد التصرف يكون لازماً ، فيجري مجرى البيع .

فيه : أنه ضعيف ، اذ المتعارف ـ حتى في زماننا هذا ـ اجراء ايجاب البيع والشراء في البيع فيمن يزيد بالصيغة ، فلا يصغى الى تطرق احتمال المعاطاة بعد صراحة البيع وكلمة (يباع) على حصول الصيغة .

فرعان :

أحدهما : في التبري عن العيوب المتجددة التي في ضمان البائع كالعيب الحاصل قبل القبض أو في زمن خيار المشتري ، وهنا جهتان :

«احداهما» هل يشمل للعيوب المتجددة ـ لوقال البائع : برأت عن العيوب أو عن عيوبه ـ أم لا ؟ قيل : نعم ، لعموم اللفظ ، وقيل : لا ، لعدم انتقال الذهن الى العيوب المتجددة ، بل شمول العموم للعيوب الموجودة فلابد للتبري عن المتجددة من التصريح لعله الاظهر .

و « ثانيتهما » مجييء شبهة الشافعي من أن الخيار ليس بموجود قبل وجود العيب لا بنفسه ولا بسببه ، فيكون اسقاطاً لما لم يجب بل هنا أقوى من السابق ، لان العيب كان في السابق موجوداً دون هنا ، فلايأتي الجواب السابق هنا من كفاية وجود السبب .

والجواب عن ذلك : تارة نقول بكفاية وجود الشرط أعني العقد ، بمعنى

أن الايجاب شرط تحقق الخيار لو تعقبه العيب . وأخرى بما ذكره شيخنا العلامة تبعاً لشيخ الفقهاء في «الجواهر» من عدم شمول أدلة الخيار للعقد الذي يحصل فيه التبري عن العيوب المتجددة على مامر تفصيله مراراً .

وثانيهما : قال الشهيد «قده» في «الدروس» : لو تبرى من عيب فتلف به فى زمن خيار المشتري ، فالاقرب عدم ضمان البائع ، وكذا لوعلم المشتري به قبل العقد أو رضي به بعده وتلف في زمن خيار المشتري ويحتمل الضمان لبقاء علقة الخيار المقتضي لضمان العين معه ،وأقوى اشكالا مالو تلف به أوبعيب آخرمتجدد في زمن الخيار . انتهى .

وجه عدم ضمان البائع لو تلف مع التبري عن العيوب هو أن معنى التبري عن العيب عدم التعهد بالاثار والاحكام الثلاثة اللازمة للعيب من الرد والارش والضمان فان التبري عن السبب أعني العيب تبر عن مسببه وآثاره ولكن الحق هو الضمان لو تلف المبيع بالعيب المتبرى عنه لقاعدة (التلف في زمن الخيار ممن لا خيار له) الشاملة للتلف بالعيب المتبرى عنه لان الضمان بتلف المبيع ليس من آثار خيار العيب وأحكامه بل من آثار الخيارات الزمانية كخيار الحيوان وخيار الشرط ، فباسقاط خيار العيب بالتبري عنه لايسقط الضمان من جهة تلف المبيع في الثلاثة في الحيوان وزمان الشرط وخيار الشرط وظاهر شيخنا العلامة وان كان تسليم كون الضمان من آثار العيب المتبرى عنه لكنه اختار الضمان لعموم القاعدة .

وكيف كان ، مدرك نظر الشهيد «قده» : أن العيب لما كان يتبرى عنه البائع فقد تبرى عن جميع مايترتب على ذلك العيب وما يكون ذلك العيب سبباً له ، فمن ذلك ضمان البائع لو تلف به فلا ضمان بسبب اشتراط البرائة عنه فيرده : أن العيب وان اشترط سقوط آثاره وأحكامه ، الا أن الضمان انما يحصل من جهة

دليل آخر، وهو أن التلف في زمن خيار المشتري ممن لاخيار له ، فيجب الضمان على البائع في صورة التبري في كل مورد يجري ذلك فيدور مدار جريان القاعدة فمن عمم تلك القاعدة في جميع الخيارات حتى في الغبن والرؤية فيعم الضمان . ومن خصه بما كان للمشتري خيار من الخيارات الزمانية كما هو الحق حسب مامر في بعض المسائل السابقة وسيأتي تفصيله في أحكام الخيارات (انشاء الله تعالى) فيسقط الضمان الا في الخيارات الزمانية كخيار الحيوان والشرط .

هذا ، ثم ان ماذكرنا من الامور التي يسقط الارش والرد قد ذكرها الجل بل الكل وقد عرفت دعوى عدم الخلاف بل الاجماع . وأما البواقي من الامور الاتية فقد يظهر من بعضهم ، فنقول :

ثالثها : زوال العيب قبل العلم به بل بعده قبل الرد . وقد صرح العلامة«قده» بأنه في كلا الصورتين مسقط لحق الرد ، بل الظاهر منه سقوط الارش أيضاً . ولشرح الكلام في المقام لابد أن يقال : أن في المقام وجوهاً ثلاثة ، أحدها :عدم سقوط الردوالارش . ثانيها : سقوط الرد دون الارش . ثالثها : سقوطهما جميعاً.

دليل الاول : اطلاقات أدلة الخيار بواسطة العيب بناءاً على ان العلم بالعيب شرط كاشف عن الخيار لأنه سبب له ، فيثبت الخيار فيما لو كان المبيع معيباً ، ولو زال عيبه قبل الاطلاع به . وأما في الصورة الثانية ، أعني مازال بعد العلم قبل الرد فيجيىء فيه أدلة الخيار سواء قلنا بأن العلم بالعيب شرط شرعي أو سبب ، وقد يستدل عليه باستصحاب الخيار لمكان القطع بحصول الخيار في أول انعقاد العقد لاتصاف المبيع بالعيب حين العقد ، فيشك في زواله وسقوطه بسبب زوال العيب فيستصحب .

والجواب عن ذلك يعلم مما سيذكر في الوجه الثالث . ودليل الوجه الثاني: من التفصيل بين الرد والارش عدم مجيىء أدلة الرد الا فيما كان المردود متلبساً

بالعيب فيمنع ظهور اطلاقات أدلة الخيار بما كان المبيع معيوباً في زمان وقد زال عيبه قبل الرد .

وأما الارش فلان وصف الصحة عند العقد كان فائتاً قطعاً ، فيستحق بذلك تفاوت الصحيح والمعيب . وأما زوال العيب وحصول وصف الصحة قبل الرد انما حصل في ملك المشتري هبة من الله تعالى ، فلاربط للبائع ولايخرج عن عهدة ضمان العيب الذي حصل بمجرد العقد .

وقد يستفاد من الكتاب مبنى شيخنا العلامة الانصاري الى ذلك التفصيل ، ولكن الحق خلافه ، بل التحقيق هو الوجه الثالث من عدم الخيار عند زوال العيب في كلا الصورتين فلا رد ولاأرش لعين ما ذكره «قده» في الكتاب من ظهور الادلة بالمتلبس بالعيب لان قوله عليه السلام : (المعيوب مردود) ظاهر في تلبسه بالعيب حين الرد ، فلا يشمل على ما زال قبل الرد . وكذلك سائر ما دلّ على الرد صريح أو منصرف الى ما تلبّس بالعيب ، فلا تشمل الاطلاقات على ما كان معيوباً في زمان العقد فقط وقد زال العيب عنه قبل الرد . وكذلك ما دل على الارش فيمنع شموله مفروض الكلام من الصورتين ، بل الظاهر المعلوم من دليله هو ما كان متلبساً بالعيب حين مطالبة الارش أو ارادة الرد ، فيبقى كل معيب قد زال عنه عيبه قبل ارادة الرد ثبوت الخيار فيه من أخذ الارش والرد من غير دليل فتنهض أصالة اللزوم وعموماته مرجعاً .

ومن ذلك عرفت حال الاستصحاب، لعدم الحالة السابقة لمنع تحقق خيار الرد، والارش من أول الامر في مفروض المسألة ، ولعل هذا المدرك هو المسلك فلاينبغي التفصيل وان لم يكن مخالفاً للاجماع .

ورابعها: التصرف بعد العلم بالعيب وكونه مسقطاً للرد ، لااشكال ولاخلاف فيه ، وأما كونه مسقطاً للارش أيضاً فلم يظهر القول به من أحد مما رأينا من الاعلام

الا من ابن حمزة في«الوسيلة»، فذهب الى كونه بعد العلم بالعيب مسقطاً للارش أيضاً لوجهين :

أحدهما : أن التصرف بعد العلم بالعيب علامة الرضا بالعيب ، بمعنى أنه رضى بالمبيع بوصف عيبه .

وأوردوا عليه بأنه علامة الرضا بالمبيع لابعيبه أيضاً حتى يسقط الارش ، وظاهر هذا الرد منع تسليم التصرف بعد العلم علامة للرضا بالعيب ، فلو سلّم كونه علامة لرضائه لوجب سقوط الارش فلذلك عدل عن هذا الجواب شيخنا العلامة «قده» ولم يكن ذلك الجواب مرضياً له، لانه لو سلمنا أنه علامة لرضائه بالعيب أيضاً لما يسقط الارش لان الرضا بالعيب يجتمع مع أخذ الارش أيضاً فليس المسقط للارش الا ابراء البائع عن عهدة العيب أو تصريح المشتري باسقاط الارش وتصريحه برضائه بالعيب بدون الارش . فقال في مقام رد ابن حمزة : والاولى أن يقال : أن الرضا بالعيب لايوجب اسقاط الارش ، وانما المسقط ابراء البائع. انتهى .

وثانيهما : أن النص المثبت للارش ظاهر في التصرف قبل العلم ، وأما التصرف بعد العلم فلا يدل دليل على ثبوت الارش معه ، لان الارش خلاف الاصل ، فيقتصر في ثبوته على مورد النص ، والقدر الثابت منه انما هو فيماقبل العلم ، لان النص في المقام هو قول أبي جعفر عليه السلام : أيما رجل اشترى شيئاً وبه عيب أوعوار ولم يتبرأ اليه فيه ولم ينبه، فأحدث فيه بعد ماقبضه شيئاً وعلم بذلك العوار وبذلك العيب ، فانه يمضي عليه البيع ويرد عليه بقدر ما ينقص من ذلك الداء والعيب من ثمن ذلك لو لم يكن به . انتهى .

وكأن وجه الظهور في نظره : أن قوله عليه السلام : (وعلم بذلك العوار) تفريع على قوله : (فأحدث فيه) وان الواو بمعنى ثم ، حيث عقّب العلم بالعيب

باحداث الحدث، فذكر العلم عقب التصرف ظاهر في كون المراد منه أنه أحدث فيه شيئاً بعد ما قبضه ثم علم بذلك العوار .

فيه : ما لايخفى من الضعف، لان الاصل عدم سقوط الارش بسبب التصرف بعد العلم بعد ما ثبت ثبوت الارش والرد بمجرد كون المبيع معيباً ، ولاطلاق النص ومنع ظهوره فيما قبل العلم لان الظاهر عطف قوله (وعلم بذلك) مكان (فأحدث) فحينئذ يصير النص عاماً شاملا لسقوط الارش بمجرد احداث الحدث سواء كان قبل العلم أوبعده خلافاً لـ«لمبسوط»، فانه ذهب الى عطف قوله (وعلم) مكان قوله (وقبضه) فيلزم من مفهومه حينئذ عدم سقوط الرد بمجرد التصرف قبل العلم .

والحاصل: أن قاعدة الاقربية وان كانت تقتضي عطفه مكان قبضه ، ويندفع بذلك ماذهب اليه ابن حمزة، الا أنا نلتزم به أيضاً مخافة الالتزام بمذهب الشيخ في «المبسوط» من أن التصرف قبل الرد ليس مسقطاً للرد والارش بكليهما بل مقتضى فتاوى الاصحاب والاجماع هو القول باطلاق النص، وعطف قوله (وعلم) مكان (فأحدث)فيصير النص حينئذ مطلقاً بالنسبة الى التصرف قبل العلم أو بعده وهو يكفي في ردهما مضافاً الى احتمال عدم مخالفة ابن حمزة في أصل المسألة وعدم صحة النسبة بمكان التعليل المحكي عن «الوسيلة» كما في «الجواهر» حيث قال فيه : على أن فيما حضرنا من نسخة «الوسيلة» : وان علم بالعيب ثم تصرف فيه لم يكن له الرد والارش ، لان تصرفه ليس بموجب لرضاه ، وتعليله انما ينطبق على أن له الارش ، ولعل الاسقاط من النساخ . انتهى . أي لعل اسقاط كلمة ـ له ـ قبل قوله ـ والارش ـ بعد قوله ـ لم يكن له الرد ـ ، كما هو غير بعيد بمقتضى التعليل فتدبر.

وعلى أي حال، في صريح «الغنية» أو ظاهرها: الاجماع على ثبوت الارش،

بل عن «شرح الارشاد» للفخر : الاجماع على ثبوت الارش وهو الحق الذي لامحيص عنه .

وخامسها : التصرف في المعيب الذي لم تنقص قيمته بالعيب كالخصي ، ولا اشكال بل لاريب في سقوط الارش لانتفاء تفاوت القيمة حسب ماعرفت ، وأما في سقوط الرد ، فيه وجهان بل قولان :

«أحدهما» سقوط الرد أيضاً لمكان التصرف ، فيشمل الادلة الدالة على سقوط الرد بالتصرف ، ولان التصرف علامة الرضا ودليل على رضا المشتري بالعين الخارجية لانه أقدم على العين الفائت عنها وصف الصحة ، كما لو رضي بالعبد المشروطة كتابته مع تبين عدمها في خيار تخلف الشرط .

و«ثانيهما» بقاء الرد ، لانصراف الادلة الدالة على سقوط الرد بالتصرف على المورد الذي يثبت فيه الارش وتنقص قيمته بالعيب ، ولان مفروض الكلام في التصرف الذي لايستكشف منه الرضا الفعلي ، ضرورة أن كل فعل يستكشف منه الرضا الفعلي فهو كالتصريح بالرضا على المعيب مطلقاً . فيندفع بهذين الوجهين ما يستدل على السقوط .

أما الادلة : فلعدم مجيئها لمكان الانصراف الى غير مورد المسألة ، وأما كون التصرف علامة الرضا : فلعدم مجيئه في مطلق التصرف ، مضافاً الى لزوم الضرر على المشتري بصبره على المعيب لو لم يكن له الرد ، والى أن المرجع عند الشك في شمول دليل مسقطية الرد أصالة بقائه واستصحاب جوازه وهو المختار .

ثم انه يبقى الكلام فى بعض عبارة كتاب شيخنا العلامة الانصارى « قده » فانه « قده » بعد تنظير التصرف في المقام على التصرف في ماعدا العيب ، قال : فان خيار التخلف فيها لايسقط بالتصرف .

وهذا حسب ماعرفت في السابق أحد الوجوه الثلاثة ، فالقول بعدم سقوطه

بالتصرف على اطلاقه ممنوع ـ كما لايخفى على من راجعه ـ وكذلك قوله ـ كما صرح به ـ ركيك لوقرىء على صيغة المجهول وعدم سبق المرجع في المقام لو قرىء على صيغة المعلوم.

وسادسها : حدوث العيب مطلقاً ـ سواء كان منقصاً أم لا ـ في المعيب المذكور ـ أي في المعيب الذي لم تنقص قيمته كالخصي ـ والاشكال هنا أقوى من سابقه للزوم الضرر على تقديري الرد و البقاء لان الصبر على المعيب ضرر على المشتري ، والرد اضرار وضرر على البائع ، بواسطة تحمله للعيب الحادث ولو مع تدارك المشتري قيمة النقص الحادث .

ولكن الاقوى هو ثبوت الرد بعد تدارك المشتري الضرر المالي بدفع المعيب مع قيمة النقص الحادث لان المرجع بعد تعارض الضررين هو استصحاب الرد الثابت قبل حدوث العيب بعد انصراف النص الدال على اشتراط الرد بقيام العين ومانعية حدوث العيب على مورد امكان تدارك ضرر الصبر على المعيب بالارش، وفاقاً لمشائخنا العظام وخلافاً لصاحب « المسالك » حيث قال فيما لو كان المعيب مما لاتنقص قيمته كالخصي : ولو حصل مانع عن الرد كحدوث عيب و تصرف سقط الامران أي الارش والرد ، ثم قال : و يشكل حينئذ الصبر على المعيب والرد فانهما اضرار ويمكن ترجيح البقاء اعتباراً بالمالية وهي باقية .

وحاصله : أن الرد ضرر على البائع لصبره على العيب الحادث ، و البقاء أيضاً ضرر على المشتري لصبره على العيب القديم فيتعارضان و يرجح البقاء للزوم الضرر المالى الاخر على البائع على تقدير رد المشتري بواسطة العيب الحادث الذي تنقص قيمته وهو ضرر زائد على الضررين المتعارضين .

وقد يستدل على مختاره أيضاً تارة باطلاق الادلة الدالة على مانعية حدوث العيب . وأخرى بظهور الاجماع، والكل ضعيف، أما الاجماع فلمنع ثبوته مضافاً

الى مخالفة المفيد في أصل المسألة. وأما الادلة: فلمنع شمولها لمفروض المسألة لانصرافها الى ما يمكن فيه أخذ الارش، وأما ترجيح البقاء اعتباراً بالمالية، فلتداركه بقيمة النقص.

وسابعها : ثبوت أحدمن مانعي الردمن التصرف وحدوث العيب في الربويات التي لايجوز أخذ الارش فيها لاجل الربا كالحبوبات و الحلي من المكيل والموزون .

أما التصرف : فالظاهر أن حكمه حكم ما سبق في المعيب الذي لاتنقص ماليته كالخصي من أن التصرف علامة الرضا ، وشمول الدليل لمانعية التصرف فلايجوز الرد لاجلها ولايجوز أخذ الارش أيضاً للزوم الربا ومن منع كونه علامة الرضا مطلقاً خصوصاً فيما قبل العلم، لان الكلام في مطلق التصرف لاخصوص التصرف الذي علمت كاشفيته عن الرضا ، وان الدليل الدال على مانعية التصرف منصرف الى المورد الذي يمكن أخذ الارش فيه، فلايشمل المكيل والموزون، فيجوز الرد لاستصحاب جوازه فيما قبل التصرف لعدم ثبوت مانعيته في مفروض البحث .

وأما حدوث العيب : ففي مانعيته عن الرد بالعيب القديم اشكال فقد ذكر شيخنا العلامة الانصاري بأن ظاهر جماعة مانعيته بعموم النص الدال على مانعية حدوث العيب واشتراط الرد بقيام العين ، وتنظر فيه بما سبق من انصرافه فيما يمكن أخذ الارش فلا يشمل مثل المقام فيشكل الامر حينئذ، فان رد العين من دون الارش من جهة نقص القيمة بالعيب الجديد الذي حصل في ملك المشتري يلزم الضرر على البائع وان رد مع أرشها يلزم الربا،فلم يكن له الرد لامجاناً ولامع الارش وان أمسك العين مع أخذ الارش من جهة نقص القيمة بالعيب القديم الذي كان قبل العقد فيلزم الربا ، وبدونهما يلزم الصبر على المعيب مجاناً ، فهو

ضرر منفي في الشرع فلم يكن لـه الامساك ولا يجب عليه الصبر لامـع الارش ولامجاناً .

ولذلك قيل : ان الطريق منحصر بفسخ العقد والزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيباً بالقديم سليماً عن الجديدلانه لم يبق من الامور الممكنة المذكورة الاهذا الطريق ، فهوجمع بين حق كل من البائع والمشتري .

قال الشهيد « قده » في «الدروس» : لو اشترى ربوياً بجنسه وظهرفيه عيب من الجنس فله الرد لاالارش حذراً من الربامع التصرف فيه اشكال . ولوحدث عنده عيب آخراحتمل رده وضمان الارش كالمقبوض بالسوم واحتمل الفسخ من المشتري أو من الحـاكم و يرتجع الثمن و يغرم قيمة ما عنده بالعيب القديـم كالتالف من غير الجنس . و الاول أقوى ، لانتقدير الموجود معدوماً خلاف الاصل. الخ .

وهذا كما ترى ذكر الاحتمالين وقوى الاول ، ولكـن صرح في «القواعد» بانحصار الطريق في الثاني مع احتمال الاول على تقدير رضا البائع بمـا هذا لفظه : ولوكان المبيع حلياً من أحد النقدين بمساويه جنساً وقدراً فوجد المشتري عيباً قديماً وتجدد عنده آخرلم يكن له الارش ولا الرد مجاناً ولا مع الارش ولا يجب الصبر على العيب مجاناً فالطريق هو الفسخ والزام المشتري بقيمته من غير الجنس معيباً بالقديم سليماً عن الجديد ، ويحتمل الفسخ مع رضا البائع ويرد المشترى العيـن وأرشها ولاربا ، فان الحلـي في مقابله الثمـن والارش للعيب المضمون كالمأخوذ للسوم . انتهى .

وجه الانحصار انما هو في مقام اعطاء كل ذي حق حقه على وجه الاستحقاق والحكم الشرعي بمقتضى الجمع بين الحقين لا على وجه يعم التراضي ، فلا طريق على هذا الوجه ، أي اعطاء حقهما على وجه الاستحقاق والجمع بين حق

كل منهما ، أي البائع والمشتري الا هذا ، أي الفسخ فيفسخ المشتري العقد ليدفع الضرر عن نفسه وينزل المبيع منزلة التالف لمنع رده بتجدد العيب الحادث فينتقل الى قيمته من غير الجنس معيباً بالعيب القديم لانه في ضمان البائع سليماً عن الجديد لانه في ضمان المشتري .

فلاينافى الانحصار في الطريق على ما ذكر « قده » بقوله : ويحتمل الفسخ مع رضا البائع ويرد المشتري العين وأرشها لان ذلك الاحتمال ـ أي رد العين وأرشها ـ انما هو مع رضا البائع لان قبول العين التى حدث فيها العيب في يد المشتري لا يجب على البائع ولو مع أرش العيب الجديد فيقف ردها اليه على رضا البائع لا محالة .

ولذلك ناقش في العبارة المحقق الثاني في شرحها بقوله : لوقال : ويحتمل رد العين مع الارش مع رضا البائع اذا فسخ المشتري. لكان أولى ، لان ثبوت الفسخ لاتردد فيه وليس رضى البائع شرطاً فيه بل هو قهري بالنسبة، انما المشترط برضاه هو دفع العين بأرش العيب المتجدد، لان قبولها معه قد بيّنا أنه غير واجب عليه مطلقاً فيقف ردها اليه على رضاه لامحالة .

وكيف كان فتلخص لك أن محتملات المسألة وجوه خمسة : أحدها : رد العين مع أرش العيب الحادث بأن يفسخ العقد بنفس الرد فينجبر بضرر البائع بالمعيب المضمون على المشتري بالارش. وثانيها : ردها بدون الارش . وثالثها: امساكها من دون أخذ الارش من البائع . ورابعها : امساكها مع أخذ أرش العيب القديم الذي هو مضمون على البائع . وخامسها : فسخ العقد وتنزيل المبيع الموجود منزلة التالف والزام المشتري بقيمته معيباً بالقديم سليماً عن الجديد .

لاسبيل الى الثاني ، اذ الرد مجاناً بغير جبران للعيب المتجدد اضرار على البائع ، وان نقصان المالية بالعيب الحادث في يد المشتري مضمون عليه ،

فكيف يلزم البائع من دون تدارك النقصان والارش ، مع أن العيب المتجدّد مسقط للرد .

وكذلك لاسبيل الى الوجه الثالث ، لان الصبر على المعيب مجاناً لا يجب بالنص والاجماع على أن العيب القديم في المبيع مضمون على البائع للمشتري فكيف يسقط هنا ، ويلزم على المشتري من دون تداركه وأرشه ، فهو أضرار عليه منفي في الشرع . وهذان الوجهان لا قائل بها لا من الخاصة ولا من العامة

وأما الوجه الرابع : فقدذكر أن للعامة قولا بذلك بأن يرجع المشتري بأرش العيب القديم والمماثلة في مال الربا انما تشترط في ابتداء العقد وقد حصلت والارش حق ثبت بعد ذلك ، فلا يقدح في العقد السابق ، ونسب في «جامع المقاصد» الى مصنفه بأنه «قده» قال في «التذكرة» : وهذا الوجه عندي لابأس به وقد تنظّر فيه من جهة ان أخذ الارش انما كان لفوات مقابله من المبيع ، فتبقى المعاوضة على المعيب وما بقي من الثمن بعد الارش .

وكيف كان لاسبيل الى هذا الوجه أيضاً لما ذكرنا مراراً وسنحقق انشاء الله تعالى في محله ان كل زيادة حصلت من جهة البيع ، سواء كانت في ابتداء العقد أم لا ، فتشمله أدلة حرمة الربا ، فلا تجوز الزيادة حيثما يجيىء من جانب العقد .

وأما الوجه الاول : أعني رد المبيع مع أرش العيب الحادث ، فان صححنا أن أرش العيب الحادث وقيمته من باب الغرامة لما فات في يد المشتري ـ كما عليه الجل لولا الكل ـ وأنه كان مضموناً على المشتري كالمقبوض بالسوم فلا يلزم من أخذ الارش من المشتري ربا فهو المعين ، والا بأن يستلزم الارش الربا، اما في أصل المعاوضة أو في الفسخ كما مال اليه شيخنا العلامة الانصاري «قده» فيتعين الطريق الى الوجه الخامس .

فنقول : حاصل ماأفاد شيخنا العلامة الانصاري «قده» في الكتاب : أن أخذ

الارش مستلزم للربا لامحالة، لانضمان المشتري للوصف التالف بالعيب الحادث لايخلو اما أن يكون قبل الفسخ أو بعده ، وكلاهما لايخلو اما أن يكون من باب الغرامة أو من باب التعديل والمقابلة لاوجه للاول لان الغرامة اما أن تكون قبل الفسخ أو بعده وكلاهما فاسد .

أما الاول : فلان التلف حصل في ملك المشتري ، والمالك لايضمن ما في ملكه لغيره ، فليس ذلك نظير المقبوض بالسوم حيث أن المستام ضامن للبائع وليس بمالك وتقدير رجوع العين الى ملك البائع حين تلف الوصف لادليل عليه .

وأما الثاني : فلانه بعد الفسخ لم يتلف شيء بل التلف حصل في ملكه قبل الفسخ ولاوجه للثاني أيضاً لان مقتضى المعاوضة بين الصحيح والمعيب عدم ضمان وصف الصحة ، اذ لو جاز الضمان في مقابل وصف الصحة لكان أخذ الارش في الربوية جائزاً ، فوصف الصحة كسائر الأوصاف الكمالية من الكتابة وغيرها يجب تراد العوضين من دون الزيادة والنقيصة فرد المشتري أرش العيب لامعنى له الا اعتبار مضمونية العيب بجزء من الثمن، فيلزم نقصان الثمن عن الثمن لكون جزء من الثمن في مقابل وصف صحة المثمن والباقي من الثمن في مقابل مجموع المثمن فيلزم الربا في أصل المعاوضة الا أن الاقوى ـ وفاقاً للمشهور ـ هو أن أخذ الارش من باب الغرامة خلافاً لشيخنا العلامة «قده» في الكتاب ، بل الظاهر تفرده في ذلك الا ما حكي عن شارح «القواعد». وكونه من باب الغرامة يتضح بملاحظة أمور :

أحدها : أن ضمان الشخص للغير في مال نفسه لايتصور الا بالتقدير ولذلك لايقال أن الشخص ضامن لداره الا أن تكون فيها شائبة تزلزل وخيار ، فالضمان التقديري يصح فيما كان للتقدير دليل، بمعنى أنه فيما دل الدليل على ذلك التقدير

وهو هنا أمران :

(الاول) قاعدة لاضرر فان الرد على البائع بدون الارش ضرر عليه .

(الثاني) ظهور الاجماع فان الاصحاب حكموا بأن المشتري ضامن للعيوب الحادثة بعد القبض وبعد انقضاء زمان الخيارات الزمانية وليست في ذلك مخالفة الا من شيخنا العلامة الانصاري «قده» والمحكي عن الشارح .

وثانيها: أن وصف الصحة لايوزع عليه الثمن مطلقاً كما اعترف شيخنا العلامة سابقاً في رد من قال في خيار العيب أنه خيار تبعض الصفقة فان الارش لو كان جزء من الثمن ولو في غير الربويين ، لكان اللازم أخذاً للارش من عين الثمن مع بقائها بل الارش هو غرامة لمافات من جانب الشارع تفضلا على المتضرر .

وثالثها : أن الاقالة جائزة في غير الربويين ، بل فيهما أيضاً بلا خلاف ...

تم الكتاب . والحمدلله أولا وآخراً

أنجز طبعه في ٢٠/ذي الحجة/١٤٠٧

فهرس الكتاب



صورة المؤلف

آية الله العظمى الخلخالي قدس سره



صورة الناشر نجل المؤلف

العلامة السيد ابراهيم الخلخالي


VETUS TESTAMENTUM
NOVUM
DEI SUB NUMINE VIGET
PRINCETON
UNIVERSITY
LIBRARY



۱۷۰۰ ریال